

# **SKATTEMESSIG BETYDNING AV INCENTIVORDNINGER I ARBEIDSFORHOLD**

Særlig om omklassifisering av kapitalinntekt til  
arbeidsinntekt

Kandidatnummer: 608

Veileder: Tore Bråthen

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 16 810 ord

21.04.2008

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Problemstillingen.....	1
1.2	Begrepsforklaringer .....	2
1.2.1	Incentivordninger .....	2
1.2.1.1	Aksjeordninger i arbeidsforhold .....	3
1.2.1.2	Opsjonsordninger i arbeidsforhold.....	3
1.2.1.3	Earnouts .....	4
1.2.2	Inntektskategoriene.....	5
1.2.2.1	Arbeidsinntekt.....	6
1.2.2.2	Kapitalinntekt.....	7
1.3	Videre disposisjon .....	9
<b>2</b>	<b>BETYDNING FOR SKATTYTER .....</b>	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>HJEMMELSGRUNNLAG FOR OMKLASSIFISERING .....</b>	<b>13</b>
3.1	Inntektsbegrepets ytre grense .....	13
3.2	Aksjegevinst .....	15
3.2.1	Problemstillingen.....	15
3.2.2	Rettstilstanden på 1900-tallet .....	16
3.2.3	Rt.2000 s.758, Kruse Smith.....	17
3.2.4	Rt.2000 s.1739, Pre Finans.....	21
3.3	Salgsvederlag for patentrett .....	25
3.3.1	Problemstillingen.....	25
3.3.2	Rt.2003 s.504, Lundgaard .....	25
3.4	Earnouts .....	28
3.4.1	Problemstillingen.....	28
3.4.2	Utv.2005 s. 277, Vistnes .....	28
3.4.3	Utv.2005 s.907, Friborg Hansen .....	31

3.5	Sammenfatning.....	33
<b>4</b>	<b>VILKÅR FOR OMKLASSIFISERING .....</b>	<b>35</b>
4.1	Tilknytningskravet .....	35
4.1.1	Tilknytningskravets innhold.....	40
4.1.2	Sammenfatning.....	43
4.2	Naturlighetskravet .....	44
4.2.1	Naturlighetskravets innhold.....	46
4.2.2	Sammenfatning.....	48
4.3	Avvikskravet .....	48
4.3.1	Avvikskravets innhold.....	50
4.3.1.1	Anskaffelsesvilkårene avvek fra det markedsmessige.....	50
4.3.1.2	Ingen reell tapsrisiko.....	51
4.3.1.3	Salgsvederlaget avviker fra markedspris (underpris).....	52
4.3.1.4	Aksjonærrettighetene avviker fra de øvrige aksjonærers rettigheter .....	52
4.3.1.5	Omstendigheter på avhendelsestidspunktet avviker fra det markedsmessige .....	52
4.3.2	Sammenfatning.....	54
<b>5</b>	<b>KONKLUSJON .....</b>	<b>56</b>
<b>6</b>	<b>KILDER.....</b>	<b>58</b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Problemstillingen

Tema for avhandlingen er den skattemessige betydningen av incentivordninger i arbeidsforhold. Med incentivordninger menes motivasjonsprogram som arbeidsgiver gir de ansatte for at de skal ivareta aksjonærenes interesser. Hovedproblemstillingen er omklassifisering av kapitalinntekt/-gevinst til arbeidsinntekt. De kapitalinntektene/-gevinstene som behandles i denne avhandlingen er salgsvederlag for patentrett, aksjegevinster oppnådd i arbeidsforhold og salgsvederlag for aksjeselskap.

Aksjegevinst, herunder salgsvederlag for aksjeselskap, skal som hovedregel beskattes som kapitalgevinst, i henhold til skatteloven § 5-1 annet ledd, mens salgsvederlag for patentrett som hovedregel beskattes som ”fordel vunnet ved ... kapital”, i henhold til skatteloven § 5-1 første ledd.<sup>1</sup> En omklassifisering må begrunnes i en utvidet tolkning av arbeidsregelen, jfr. sktl. § 5-1 første ledd. Spørsmålet er om et utvidet anvendelsesområde for arbeidsregelen har hjemmel i rettspraksis. Drøftelse er hovedsakelig basert på relevant rettspraksis på området. De mest sentrale dommene er Rt.2000 s.758 (Kruse Smith), Rt.2000 s.1739 (Pre Finans), Rt.2003 s.504 (Lundgaard), Utv.2005 s.277 (Vistnes) og Utv.2005 s.905 (Friborg Hansen).

Det drøftes også om aksjegevinst som er oppnådd i arbeidsforhold, salgsvederlag for virksomhet og patentrett følger samme vurderingstema ved en eventuell omklassifisering til arbeidsinntekt. Videre analyseres vilkårene for omklassifisering. Et vilkår som har vært omdiskutert på dette området er tilknytningskravet, det vil si kravet til saklig sammenheng mellom fordel og arbeidsforholdet. Tilknytningskravet kan utledes av selve ordlyden, ved at fordel må være ”vunnet ved arbeid” for at den skal kunne anses som en

---

<sup>1</sup> Skatteloven forkortes heretter sktl.

arbeidsinntekt, jfr. sktl. § 5-1 første ledd, jfr. § 5-10. Spørsmålet blir da hvor nær denne tilknytningen til arbeidsforholdet må være, og om det også kan oppstilles andre krav. Forarbeidene til skatteloven av 1999 slår fast at loven er ”en teknisk lovfornyelse, uten endring av de skattepolitiske og materielle løsningene som er nedfelt i det nåværende regelverk [skattelov av 1911] om skatt”.<sup>2</sup> Dette innebærer at rettspraksis om skatteloven av 1911 fremdeles kan være relevant ved tolkning av dagens skattelov. Selv om de ovennevnte dommene alle er avsagt etter 1999, er noen av avtalene i dommene inngått på et tidligere tidspunkt, og avgjøres av den grunn på bakgrunn av skatteloven av 1911.

Det avgrenses mot en bredere gjennomgang av den historiske utviklingen i regelverket, ligningslovens regler og internasjonal skatterett. Videre avgrensing av temaet foretas fortløpende under hele innledningen.

## **1.2 Begrepsforklaringer**

### **1.2.1 Incentivordninger**

Incentivordninger i arbeidsforhold gis til ansatte først og fremst for å tiltrekke, beholde og motivere gode arbeidstakere, ofte ledere. Det kan være monetære incentivordninger som blant annet aksjeordninger, opsjonsordninger og kontantbonusordninger, eller implisitte incentivordninger som faren for å få sparken.

Avhandlingen avgrenses til aksjeordninger, aksjeopsjoner og den spesielle incentivordningen *earnouts*. Ved bruk av disse incentivordningene kan fordelene som i utgangspunktet skal klassifiseres som kapitalinntekt/-gevinst, bli omklassifisert til arbeidsinntekt. For kontantbonusordninger er hovedregelen at de beskattes etter arbeidsregelen. Kontantbonusordninger er en ensidig fordel som arbeidstaker får av arbeidsgiver i form av kontanter, i motsetning til naturalytelser som aksjer og opsjoner. Kontantbonusordninger kan derimot også knyttes opp mot selskapets aksjeverdi. Et

---

<sup>2</sup> Jfr. Ot.prp. nr 86 (1997-1998) s.1

eksempel på dette er at arbeidstaker får en rett til et beløp tilsvarende verdistigningen på aksjene utbetalt i kontanter.

#### 1.2.1.1 Aksjeordninger i arbeidsforhold

Aksjeordninger i arbeidsforhold er gjerne incentiv som går ut på at ansatte får en belønning som er basert på kursutviklingen for selskapets aksjer. Ofte får ansatte erverve og eie aksjer i arbeidsgiverselskapet. Et mål for foretaket er å maksimere aksjekursen. Ved å la ansatte bli eiere, vil de bli stimulert til å arbeide for en slik verdiøkning. Det er ikke uvanlig at aksjene erverves helt eller delvis vederlagsfri, det vil si gratis eller til underkurs.<sup>3</sup> Underprisen er skattepliktig som naturalytelse.<sup>4</sup>

Avhandlingen omhandler kun ansatteaksjer. Med dette menes aksjer i et selskap, hvor eieren er en ansatt i selskapet og har ervervet aksjene på grunn av sitt arbeidsforhold.<sup>5</sup>

#### 1.2.1.2 Opsjonsordninger i arbeidsforhold

Opsjoner kan brukes på alt, for eksempel aksjer, valuta og råvarer. Avhandlingen vil imidlertid kun behandle aksjebaserte opsjoner i arbeidsforhold. Det avgrenser mot opsjoner med rett til kjøp og salg av aksjer utenfor arbeidsforhold og dermed også mot sktl. § 9-10 om finansiell opsjon.

En opsjonsavtale består av to parter; opsjonsinnehaver og opsjonsskriver. Det finnes både kjøps- og salgsopsjoner. En kjøpsopsjon (call) gir innehaver en rett – men ikke en plikt – til å kjøpe en aksje til en forhåndsavtalt pris. En salgsopsjon (put) gir innehaver en rett – men ikke en plikt – til å selge en aksje til en forhåndsavtalt pris. Man skiller mellom flere ulike opsjonstyper. De to mest vanlige er europeisk og amerikansk. En europeisk opsjon må innløses på en bestemt forfallsdato, mens en amerikansk opsjon kan innløses inntil en

---

<sup>3</sup> Jfr. NAU (2006): *Aksjeordninger for ansatte*, s.6 og 13.

<sup>4</sup> Jfr. Gjems-Onstad (2003): *Norsk bedriftsskatterett*, s.254.

<sup>5</sup> Jfr. Bråthen og Gjems-Onstad (2001): *Moderne forretningsjus*, s.129.

bestemt forfallsdato.<sup>6</sup> For opsjonsskriver innebærer opsjonen alltid en plikt til å kjøpe eller selge, dersom opsjonsinnehaver bestemmer seg for å innløse opsjonen.

Den typiske aksjeopsjon går ut på at typisk ledere eller nøkkelmedarbeidere får en rett – men ikke en plikt – til å kjøpe aksjer i arbeidsgiverselskapet til en forhåndsavtalt pris.<sup>7</sup> Det avtales samtidig at de ansattes rett må benyttes innen en viss tid eller på et senere bestemt tidspunkt.

### 1.2.1.3 Earnouts

Earnout-tilfellene er noe forskjellig fra de ovennevnte tilfellene, selv om også salgsvederlag for aksjeselskap som hovedregel skal klassifiseres som kapitalgevinst i henhold til sktl. § 5-1 annet ledd. Grunnen til at jeg også ser på rettspraksis i earnout-situasjoner er at rettspraksis på området har henvist til samme vurderingstema som for aksjegevinst oppnådd ved aksjeordninger i arbeidsforhold.<sup>8</sup> Problemstillingen er om salgsvederlag for virksomhet kan omklassifiseres til arbeidsinntekt.

Earnoutavtaler er typiske for små gründerbedrifter som det er vanskelig å sette en markedspris på. Ved et eventuelt salg av slike selskaper er det ikke uvanlig at en del av salgsvederlaget blir betinget av at selgeren fortsetter å arbeide i virksomheten i en overgangsfase – bindingstiden. Det vanligste er at denne delen er resultatbasert, dvs. at selgeren får en del av salgsvederlaget på avhendelsestidspunktet, mens en annen del (restvederlaget) utbetales hvert enkelt år, og tilsvarer alt over en viss del av overskuddet de forpliktete årene. Den delen som gis ved avhendelsestidspunktet, settes noe under salgsgjenstandens antatte markedsverdi, slik at selgeren får et incentiv om å yte sitt beste – også etter salget – ved at kjøpesummen blir knyttet til selgerens egen arbeidsinnsats i

---

<sup>6</sup> Jfr. Grøtte (2003): *Opsjoner og futures*, s.17-20

<sup>7</sup> Jfr. NAU (2006): *Aksjeordninger for ansatte*, s.6. Sktl. § 5-14 gjelder både kjøps- og salgsoptsjoner, men antas å være mest praktisk for kjøpsopsjoner, jfr. Ot.prp. nr. 26 (1995-1996) s.7.

<sup>8</sup> For å skille mellom aksjegevinst som er oppnådd ved aksjeordninger i arbeidsforhold og aksjegevinst som er oppnådd ved earnouts, benyttes salgsvederlag for virksomhet om aksjegevinst som er oppnådd ved earnouts.

overgangsfasen. Resultatet av god arbeidsinnsats for selgeren kan lede til at han tjener mer enn anslått markedsverdi på salget, mens det motsatte kan føre til at bedriften blir solgt til underpris. Sett fra kjøperens side kan dette være en form for resultatsikring, idet selskapets verdi kan avhenge av at gründeren fortsetter i en overgangsfase, bl.a. for å videreføre sin kunnskap til de nye eierne.

Situasjonen i de to earnout-dommene jeg skal ta for meg i kapittel 3.4, var ikke resultatbaserte. En del av salgsvederlaget var knyttet til bindingstiden, men vederlagets størrelse var allerede avtalt slik at selgerne kun fikk et incentiv om å jobbe ut bindingstiden, uten at de fikk et incentiv om å yte sitt beste i de forpliktete årene. Spørsmålet i dommene var om salgsvederlaget kunne sies å være høyere enn den anslåtte markedspris slik at en del av salgsvederlaget måtte sies å være betaling for bindingstiden, og således omklassifiseres til arbeidsinntekt.

Bindingsklausulen i den ene dommen var suspensiv, det vil si at restvederlaget bare ble utbetalt dersom bindingstiden – helt eller delvis – ble oppfylt. Restvederlaget ble altså utbetalt etappevis over bindingstiden. I den andre dommen var bindingsklausulen resolutiv, det vil si at hele salgsvederlaget ble utbetalt på avtaletidspunktet, men en del av vederlaget måtte tilbakebetales dersom selgerne brøt bindingstiden.<sup>9</sup>

### 1.2.2 Inntektskategoriene

Avhandlingens problemstilling om omklassifisering av kapitalinntekter/-gevinster til arbeidsinntekt omhandler grensen mellom kapitalinntekt og arbeidsinntekt. Både arbeidsinntekt og kapitalinntekt (og virksomhetsinntekt) er bruttoinntekter. Dette innebærer at dersom det kun er spørsmål om inntekten er skattepliktig som alminnelig inntekt, er det ikke nødvendig å skille mellom de to (tre) inntektskategoriene. En slik grensedracting vil derimot være nødvendig når det er tale om personinntektsreglene. I motsetning til

---

<sup>9</sup> Jfr. Gjems-Onstad (2001): Sign on fees og earnouts, Utv.2001 s.692.



kapitalinntekt er arbeidsinntekt en personinntekt. Nærmere om betydningen av dette i kapittel 2.

Skattelovens hovedregel for bruttoinntekter er sktl. § 5-1 første ledd, som hjemler skatteplikt for ”enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet”. Det avgrenses mot en bredere vurdering av virksomhetsinntekt, men tre dommer som går på inntektsbegrepets ytre grense tas opp da disse dommene gir en indikasjon på hva som skal til for at en omklassifisering av kapitalinntekt til arbeidsinntekt skal kunne skje.<sup>10</sup>

#### 1.2.2.1 Arbeidsinntekt

I henhold til sktl. § 5-1 første ledd, er ”enhver fordel vunnet ved arbeid” skattepliktig inntekt. Nærmere om hva som omfattes av arbeidsinntektsbegrepet, følger av sktl. § 5-10. Listen er ikke uttømmende, jfr. ordlyden ”blant annet”.

Med ”enhver fordel” siktes det ikke bare til kontanter, men også til naturalinntekter som finansobjekter, typisk aksjer og opsjoner. Dette er blant annet forutsatt av sktl. § 5-12.<sup>11</sup> Fordelsbegrepet er ikke nærmere definert i loven. Det sentrale for avhandlingen er at skattyteren vederlagsfritt eller til underpris mottar aksjer som andre må betale markedspris for. Naturalfordeler for eksempel i form av aksjer skal som hovedregel verdsettes til omsetningsverdi, se sktl. § 5-12 annet ledd, jfr. § 5-3.

Fordelsbegrepet må avgrenses mot fordeler av ikke-økonomisk verdi, fordeler som er tilgjengelige for alle og fordeler som arbeidsgiver har stilt til disposisjon av egen interesse, selv om det også kan være en fordel som arbeidstaker verdsetter.<sup>12</sup> Dersom en person kjøper aksjer i selskapet han jobber og kjøpet skjer til markedspris med vanlige markedsvilkår, vil det ikke være ansatteaksjer.

---

<sup>10</sup> Se kapittel 3.1.

<sup>11</sup> Jfr. Norsk Lovkommentar til skatteloven § 5-1, note 223 ved Frederik Zimmer.

<sup>12</sup> Jfr. bl.a. Rt.1985 s.319, Ringnes og Zimmer (2005): *Lærebok i skatterett*, s.122.

Fordelen arbeidstaker får ved å erverve aksjene til underpris eller vederlagsfritt skal skattlegges som arbeidsinntekt i henhold til sktl. § 5-14 første ledd litra a. Fordelen settes til differansen mellom markedspris redusert med 20 %, og det den ansatte betaler for aksjen. I følge annet punktum kan ikke den skattefrie fordelen overstige kr 1.500 per år. Selv om inntekten her knytter seg til et kapitalobjekt, skal inntekten altså beskattes som fordel vunnet ved arbeid. Begrunnelsen kan sies å være at det allerede ved ervervet av aksjen til underpris overføres en fordel til den ansatte fra arbeidsgiver. Problemet ligger ved aksjenes senere eventuelle verdistigning som ikke er regulert av denne bestemmelsen. Den senere verdistigningen er i utgangspunktet skattepliktig som kapitalinntekt og ikke arbeidsinntekt. Faller aksjene i verdi, gis det fradrag i alminnelig inntekt for det kapitaltap som eventuelt realiseres. Spørsmålet er om den eventuelle aksjegevinsten ved senere salg skal kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt.

Fordel vunnet ved erverv av aksjeopsjoner i arbeidsforhold skattlegges i henhold til sktl. § 5-14 tredje ledd litra a, først ved realisasjon av opsjonen.<sup>13</sup> Ved innløsning av call- eller put-opsjoner settes fordelen til differansen mellom aksjenes markedsverdi og innløsningsprisen, redusert med skattyters kostpris, jfr. sktl. § 5-14 tredje ledd litra a nr. 1. Dersom den ansatte velger å selge aksjeopsjonen, settes fordelen til differansen mellom salgssummen og kostprisen, jfr. sktl. § 5-14 tredje ledd litra a nr. 2. Annen punktum inneholder imidlertid en unntaksregel for salg til nærstående.<sup>14</sup>

### 1.2.2.2 Kapitalinntekt

I henhold til sktl. § 5-1 første ledd, jfr. sktl. § 5-20, er ”enhver fordel vunnet ved ... kapital” skattepliktig inntekt. Kapitalinntektsbegrepet omfatter både realgjenstander, finansgjenstander, immaterielle gjenstander og rettigheter i slike objekter, jfr. sktl. § 5-20 første ledd litra a-d. Kapitalinntekten inngår i aksjeeiernes alminnelige inntekt, og beskattes med 28 %, men er ikke skattepliktig som personinntekt.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Med realisasjon menes innløsning eller salg.

<sup>14</sup> For hvem som regnes som nærstående, se sktl. § 5-14 tredje ledd litra a nr. 2 tredje og fjerde punktum.

<sup>15</sup> Konsekvensen av dette behandles i kapittel 2.

Kapitalinntekter kan innvinnes både i og utenfor virksomhet.<sup>16</sup> I førstnevnte tilfelle gir både kapitalregelen og virksomhetsregelen hjemmel til å skattlegge. Det avgrenses mot kapitalinntekt i virksomhet da kapitalregelen først og fremst har selvstendig betydning utenfor virksomhet. I motsetning til ved arbeidsinntekter, kan både fysiske personer og juridiske personer ha kapitalinntekt.<sup>17</sup> Avhandlingen avgrenses mot juridiske personer som skattesubjekt da de som regel driver virksomhet, og kapitalregelen på denne måten blir mindre viktig.

Bestemmelsen i sktl. § 5-1 første ledd gjelder løpende kapitalinntekter som skattyter får ved å sitte med aksjene. Den fordelen skattyteren får ved realisasjon (aksjegevinsten), for eksempel ved å utløse aksjeopsjonen eller ved å selge aksjene, beskattes imidlertid i henhold til sktl. § 5-1 annet ledd. Regelen om gevinstbeskatning må ses i sammenheng med de supplerende reglene i skattelovens kapittel 9 om realisasjon av formuesobjekter, jfr. sktl. § 5-1 annet ledd annet punktum.

I det følgende benyttes ”kapitalinntekt” i vid forstand, slik at det også omfatter kapitalgevinster, om ikke noe annet er sagt. Etter skattereformen av 1992 ble regelverket endret slik at kapitalgevinst og annen kapitalinntekt, typisk avkastning og utbytte, i utgangspunktet skattes likt.<sup>18</sup> Aksjekursen vil særlig på lengre sikt, i stor grad avspeile verdiene i selskapet. Overskudd som ikke er utdelt vil normalt bidra til at aksjekursen stiger, mens utdeling av overskudd bidrar til at den synker. Det er ikke uvanlig at aksjonærer i mindre selskaper kan velge om de vil ta ut verdiene i form av utbytte eller gevinst. Reglene om skattlegging av aksjeutbyttet og aksjegevinst er derfor tilpasset hverandre. Både kapitalgevinst og annen kapitalinntekt inngår i beregningsgrunnlaget for alminnelig inntekt, og beskattes med en skattesats på 28 %. Skattebelastningen vil dermed være den samme for den skattepliktige nettofordelen enten denne er kapitalgevinst eller annen kapitalinntekt. En praktisk viktig forskjell ligger i at en rekke kapitalgevinster er

---

<sup>16</sup> Se Zimmer (2005): *Lærebok i skatterett*, s.151.

<sup>17</sup> Op. cit. s.152.

<sup>18</sup> Se bl.a. Norsk Lovkommentar til skatteloven kapittel 5, § 5-1 note 226 ved Frederik Zimmer.

skattefrie, jfr. sktl. § 9-3, men disse unntakene vil ikke bli omhandlet. Skattefritakene er ofte knyttet mot formuesobjektets art og type.

### **1.3 Videre disposisjon**

Først fremstilles hvilken betydning det vil ha for skattyter at hans kapitalinntekt i stedet blir beskattet som arbeidsinntekt, se kapittel 2. Det vises hvorfor det fremdeles, etter avskaffelse av delingsreglene, er viktig å definere grensen mellom kapital- og arbeidsinntekt.

I kapittel 3 drøftes om det finnes et hjemmelsgrunnlag i rettspraksis for at kapitalinntekt i unntakstilfeller kan omklassifiseres til arbeidsinntekt. Det redegjøres for relevante dommer både om inntektsbegrepets ytre grense og rettstilstanden før dette årtusen. En sammenfatning av hjemmelsspørsmålet kommer i kapittel 3.5.

I kapittel 4 analyseres om man ut i fra den rettspraksisen som det redegjøres for i kapittel 3, kan oppstille noen felles vilkår for en omklassifisering, hva innholdet i disse vilkårene er og om de kan sies å ha hjemmelsgrunnlag med prejudikativ virkning.

## 2 BETYDNING FOR SKATTYTER

Problemstillingene er hvilken betydning det har for skattyter å få en kapitalinntekt skattlagt som arbeidsinntekt.

Skillet mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt vil bare ha betydning for personlige skattytere, siden bare disse kan innvinne arbeidsinntekt. Kapitalinntekt og arbeidsinntekt inngår begge i grunnlaget for beregning av alminnelig inntekt. En betydelig forskjell ligger i at arbeidsinntekt også skattlegges som personinntekt, se sktl. § 12-2 litra a, jfr. § 5-10 litra a første punktum. Før avskaffelsen av delingsreglene var betydningen av å bli beskattet for arbeidsinntekt i stedet for kapitalinntekt stor når det gjaldt skattesatsen. Delingsreglene hadde til oppgave å skille mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Kapitalinntekten ble kun beskattet med 28 % på selskapssiden og skattefritt på aksjeeiershånd, mens den marginale skattesatsen for arbeidsinntekt var på omtrent 50 %. Etter avskaffelse av delingsreglene er begge skattesatsene omtrent 50 %.<sup>19</sup> Spørsmålet er om andre forhold kan ha betydning for om skattyter foretrekker den ene inntektstypen fremfor den andre.

Personinntekt er beregningsgrunnlag både for trygdeavgift, jfr. folketrygdloven § 23-3 og stortingets skattevedtak § 2, og toppskatt, jfr. sktl. kap.12 og stortinget skattevedtak § 3-1.<sup>20</sup> Det skal ikke beregnes trygdeavgift av personinntekt under kr 39 600, men dersom inntekten overstiger dette beløpet skal trygdeavgiften beregnes av hele inntekten med en viss innfasing, jfr. ftrl. § 23-3 fjerde ledd.<sup>21</sup> Innvunnet kapitalinntekt påvirker ikke pensjonens størrelse, og det skal heller ikke beregnes toppskatt av slik inntekt.

---

<sup>19</sup> Marginale skattesats for arbeidsinntekt i 2008 er 54,3 % inkludert arbeidsgiveravgiften. Marginal skattesats for utbytte og uttak i 2008 er 48,2 % inkludert 28 % selskapsskatt. Tallene er hentet fra St.prp. nr. 1 (2007-2008) Skatte-, avgifts- og tollvedtak for budsjettåret 2008, tabell 2.1.

<sup>20</sup> Folketrygdloven forkortes heretter ftrl. Stortingets skattevedtak forkortes heretter ssv.

<sup>21</sup> Tall for 2008 funnet i St.prp. nr. 1 (2007-2008) Skatte-, avgifts- og tollvedtak for budsjettåret 2008, tabell 2.1.

Feriepenger fra arbeidsgiver beregnes på grunnlag av arbeidsinntekt som er utbetalt i opptjeningsåret, jfr. ferieloven § 10 første ledd. Kapitalinntekter inngår altså ikke i dette grunnlaget.

Videre er tidfestingstidspunktet for inntektskategoriene forskjellige. Loven gir ingen spesielle regler for tidfesting av kapitalinntekter. Dette innebærer at tidfestingsreglenes hovedregel kommer til anvendelse, jfr. realisasjonsprinsippet i sktl. § 14-2 første ledd.<sup>22</sup> Både kapitalgevinst og andre kapitalinntekter skattlegges det året skattyteren erverver en ”ubetinget rett til ytelsen”. Et ubetinget krav på vederlaget kan sies å være oppnådd først når skattyteren selv har prestert sin ytelse (inntil da er hans rett betinget av at han selv yter), det vil si når selger har stilt aksjene til disposisjon for kjøperen. Dette innebærer at avtaletidspunktet, betalingstidspunktet og forfallstidspunktet er uten betydning. Det har altså ingen betydning for tidfestingen om det avtales betaling over flere år, forskuddsbetaling eller lignende. For arbeidsinntekt gjelder imidlertid kontantprinsippet, jfr. sktl. § 14-3 første ledd. Dette innebærer at arbeidsinntekt skattlegges det året betaling mottas eller kravet forfaller. Fradrag kan først kreves når betaling skjer, jfr. sktl. § 14-3 tredje ledd.

Ved earnout stiller dette seg noe annerledes. For den delen av salgsvederlaget som omklassifiseres til arbeidsinntekt, skal beløpet periodiseres ved utbetaling, jfr. sktl. § 14-3 første ledd. Dette gjelder forskudd på lønn og selv om innvinning ikke har skjedd fordi arbeidsytelsen ikke er prestert. Skal denne delen av vederlaget erlegges senere (suspensivt betinget), inntreffer skattleggingen først ved utbetalingen.<sup>23</sup>

Det skal foretas forskuddstrekk i godtgjørelse for arbeid eller oppdrag, når dette ikke er utført som ledd i selvstendig næringsvirksomhet, jfr. skattebetalingsloven § 5 litra a. Det skal ikke foretas samme trekk av kapitalinntekter. Bestemmelsen om at forskuddstrekk skal

---

<sup>22</sup> Jfr. Zimmer (2006): *Bedrift, selskap og skatt*, s.324.

<sup>23</sup> Jfr. Lignings-ABC 2000 s.968.

gjennomføres er kun en praktisk forskjell. Plikten til å foreta forskuddstrekk får ikke betydning for den totale skatt som ilignes.

For arbeidsgiver ligger forskjellen i at det skal betales arbeidsgiveravgift av ”lønn og annen godtgjørelse for arbeid og oppdrag i og utenfor tjenesteforhold”, jfr. ftrl. § 23-2 og ssv. § 1, mens kapitalinntekter ikke er gjenstand for beregning av arbeidsgiveravgift.

Ut ifra dette kan man fastslå at skattyter fremdeles vil prøve å unngå en omklassifisering til arbeidsinntekt. Det er ikke uvanlig at det ved kapitalinntekter er tale om relativt store beløp, slik at inntekten mest sannsynlig også rammes av toppskatten, jfr. ssv. § 3-1. Av den grunn vil også små skattesatsforskjeller kunne utgjøre mye. Den eneste skattemessige fordel ved en omklassifisering er at det beregnes feiepenger av lønnsinntekt.

Grensedragningen mellom kapital- og arbeidsinntekt er således fremdeles aktuell, selv etter avskaffelsen av delingsreglene.

### **3 HJEMMELSGRUNNLAG FOR OMKLASSIFISERING**

Problemstillingen for dette kapitlet er om det ut ifra rettspraksis kan sies å ha blitt etablert et hjemmelsgrunnlag for en omklassifisering av kapitalinntekter til arbeidsinntekt i visse situasjonen. Beskatningshjemmelen for en slik omklassifisering må bero på en utvidende tolkning av arbeidsregelen.

Først vises det i kapittel 3.1 til rettspraksis om inntektsbegrepets ytre grense da både Høyesterett og Lagmannsretten i ettertid har henvist til dette. Videre er rettspraksis om grensen mellom kapital- og arbeidsinntekt inndelt i tre. I kapittel 3.2 redegjøres det for rettspraksis som går på omklassifisering av aksjegevinster, i kapittel 3.3 rettspraksis om omklassifisering av salgsvederlag for patentrett, og i kapittel 3.4 rettspraksis om omklassifisering av salgsvederlag for virksomhet, earnout-tilfellene. Kapitlet avsluttes med en sammenfatning av dommene, hvor ovennevnte problemstilling blir besvart, se kapittel 3.5.

#### **3.1 Inntektsbegrepets ytre grense**

I henhold til sktl. § 5-1 anses ”enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet” som skattepliktig inntekt. Ikke alle fordeler er skattepliktige. Formuesforøkelse ved arv eller gave er skattefri i henhold til sktl. § 5-50 tredje ledd. Det kan dermed bli spørsmål om en fordel i det hele tatt skal anses som skattepliktig. Denne grensen for skatteplikten er i juridisk teori blitt omtalt som inntektsbegrepets ytre grense. Høyesterett har i flere avgjørelser nærmere beskrevet grensen, jfr. blant annet Rt.1958 s.583, Hagerup-dommen, Rt.1974 s.976, Vesaas-dommen og Rt.1979 s.481, Havrevold-dommen.<sup>24</sup> Alle tre dommene omhandler forfatterstipend eller forfatterpriser som følge av tidligere

---

<sup>24</sup> Disse dommene omtales samlet som forfatterdommene. Hver enkelt dom blir heretter omtalt ved navn.



publikasjoner. Spørsmålet var om slike fordeler var skattepliktig som fordel vunnet ved arbeid. Høyesterett formulerte i disse dommene vilkår for at fordelen kan beskattes.

Av særlig betydning for avhandlingen er Hagerup-dommen. I dommen kom Høyesterett til at et stipend som Inger Hagerup fikk fra Aschehoug forlag i anledning sitt forfatterskap, var skattepliktig. Om det rettslige vurderingstemaet uttalte Høyesterett:

”Under enhver omstendighet må det avgjørende kriterium bli om det i det konkrete tilfelle består en så nær sammenheng mellom det arbeid eller den virksomhet som er ytet, og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som ”vunnet” ved arbeid eller virksomheten.”

Avgjørende for om en inntekt er skattepliktig er for det første *nærheten* til arbeidsforholdet, og for det andre om det er *naturlig* å anse fordelen som vunnet ved arbeid.<sup>25</sup>

På bakgrunn av forfatterdommene mener Kvamme at det må kunne konstateres at inntektsbegrepets ytre grense må trekkes vidt; Intet rettskrav på fordelen er nødvendig, fordelen kan utdeles fra andre enn arbeidsgiver, intet krav til sannsynlighet, små krav til graden av påregnelighet og også fordeler fra relativt fjerntliggende inntektsmuligheter kan være skattepliktige.<sup>26</sup> På den annen siden sier Kvamme at det også må kunne konstateres at det faktisk går en grense. Jo fjernere sammenhengen er, eller jo mindre påregnelig fordelen er, desto større er muligheten for at fordelen faller utenfor skatteplikten. Kvamme konkluderer med at årsakssammenheng og nærhet er sentralt ved vurdering av skatteplikt.<sup>27</sup>

Spørsmålet blir etter dette om kriteriene blir de samme når grensen skal trekkes mellom de forskjellige inntektskategorier; Arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Bakgrunnen for denne problemstillingen er at Høyesterett, i dommer som går på grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt, har referert til forfatterdommene, særlig Hagerup-dommens uttalelse.

---

<sup>25</sup> Vilkårene behandles i kapittel 4.

<sup>26</sup> Jfr. også Zimmer (2001): *Lærebok i skatterett*, s.142 flg.

<sup>27</sup> Jfr. Kvamme: ”Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter”, *Skatterett*, 2005, nr. 4, s.308.

## 3.2 Aksjegevinst

### 3.2.1 Problemstillingen

Sett at skattyter i kraft av å være ansatt får kjøpe aksjer i arbeidsgiverselskapet på spesielle vilkår, for eksempel til en kurs som er lavere enn markedskursen (underkurs/favørkurs).<sup>28</sup>

Dette er en fordel som er vunnet ved arbeid i henhold til sktl. § 5-1 første ledd, og skal beskattes som arbeidsinntekt ved ervervet, jfr. sktl. § 14-3 første ledd. Hovedregelen er at aksjegevinsten ved salg skal beskattes som kapitalgevinst, jfr. sktl. § 5-1 annet ledd.

Begrunnelsen er at skattyter har den samme risiko for kursfall som de øvrige aksjonærene. I tilfeller hvor denne risikoen i større eller mindre grad er eliminert, kan det oppstå spørsmål om kapitalgevinsten skal kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt. Problemstillingen for kapittel 3.2 er om en omklassifisering fra aksjegevinster til arbeidsinntekt har hjemmel i rettspraksis.

Om kapitalgevinst kan omklassifiseres til arbeidsinntekt, er i juridisk teori omtalt som et spørsmål om grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Grensespørsmålet kan behandles på to måter.<sup>29</sup> For det første kan det bli tale om en omklassifisering av inntekten, fra å inngå i dennes tradisjonelle grunnlag (kapitalinntekt) og over til et annet (arbeidsinntekt), altså om en aksjegevinst kan omklassifiseres til arbeidsinntekt. For det andre kan det bli tale om en direkte klassifisering ut fra den konkrete, foreliggende situasjon. Man foretar da en direkte plassering av inntekten som arbeidsinntekt, uten at man først kategoriserer den som kapitalinntekt. Høyesterett har ikke vært konsekvente i hvilken måte de bruker. Det blir derfor ikke skilt mellom disse to måtene.

Spørsmålet om kapitalinntekt kan omklassifiseres til arbeidsinntekt, har lenge vært svært omtvistet. På 1900-tallet fantes kun én Høyesterettsdom av betydning på området, jfr.

---

<sup>28</sup> Jfr. Bråthen og Gjems-Onstad (2001): *Moderne forretningsjus*, s.129.

<sup>29</sup> Masteroppgave i rettsvitenskap ved UiO (2007): Om grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt i skatteloven § 5-1.

Rt.1922 s.523, Nordborg. Etter årtusenskiftet har grensedragningen derimot vært aktuell i flere rettsavgjørelser, som gir en indikasjon på hvor grensen nå skal gå.

Først vises det til hvordan rettstilstanden var på 1900-tallet, deretter redegjøres det noe grundigere for to Høyesterettsdommer fra dette årtusen; Rt.2000 s.758, Kruse Smith og Rt.2000 s.1739, Pre Finans. Dommene gjelder grensen mellom kapitalgevinster etter sktl. § 5-1 annet ledd, og fordel vunnet ved arbeid etter sktl. § 5-1 første ledd.

### 3.2.2 Rettstilstanden på 1900-tallet

Situasjonen i Rt.1922 s.523, Nordborg var at skattyter, som også var en skipsfører, tegnet aksjer i et skipsaksjeselskap.<sup>30</sup> Formålet med tegningen var kun å få stilling som skipsfører på skipet. Han fikk stillingen en måned etter tegningen, og året etter solgte han aksjene med gevinst.

Etter daværende gevinstbeskatningslov var aksjegevinst skattefri inntekt, men skattyter ble lignet for inntekten som arbeidsinntekt. Høyesterett opphevet imidlertid ligningen og stilte seg temmelig avvisende til en slik omklassifisering. Byrettens flertall uttalte:

”Det er ganske likegyldig og uten interesse forsaavidt, hvilken betingelse selskapsstifterne maatte ha fundet at foreskrive for at overlate forestillingen til [skattyteren]. Bevæggrunden for dennes tegning av aktier blir saaledes efter min mening uten retslig betydning.”

Dette sluttet Høyesterett seg til, og dommen fikk prejudikatvikning. I ettertid er Nordborg-dommen imidlertid kritisert av blant annet Aarbakke.<sup>31</sup> Han gir uttrykk for at inntekten tross Høyesteretts avvisende holdning i dommen, synes å måtte anses som arbeidsinntekt:

---

<sup>30</sup> Heretter omtales dommen ved navn.

<sup>31</sup> Jfr. Aarbakke (1990): *Skatt på inntekt*, s.34 flg.

”Hvis det er en forutsetning for å få arbeidet at arbeidstakeren tegner eller kjøper en aksje i det arbeidsgivende selskap, og han så avhender aksjen kort tid etter, synes en eventuell gevinst å måtte anses som en fordel vunnet ved arbeid. Og hvis det er en forutsetning ikke bare for å få, men også for å få opprettholde arbeidsforholdet at arbeidstakeren blir sittende med aksjen, kan resultatet neppe bli som i 1922-dommen (som ikke gjaldt et slikt tilfelle), og det må gjelde selv om det går lang tid fra erverv til avhendelse.”<sup>32</sup>

### 3.2.3 Rt.2000 s.758, Kruse Smith

Spørsmålet i Rt.2000 s.758, Kruse Smith var om aksjegevinst ervervet i det arbeidsgivende selskap kunne beskattes som arbeidsinntekt, eller om aksjegevinsten var skattefri etter dagjeldende gevinstbeskatningslov.<sup>33</sup> Saken gjaldt ligningen for 1991, og ble av den grunn løst på grunnlag av skatteloven av 1911. Det rettslige grunnlaget for slik omklassifisering måtte eventuelt bygge på en utvidelse av arbeidsregelen. Dette innebar en fravikelse av prejudikatet fra Nordborg-dommen, som fortsatt gav uttrykk for hovedregelen for grensen mellom arbeids- og kapitalinntekt.

Kruse Smith-dommen ble avsagt under dissens (3-2). Under henvisning til Nordborg-dommen og forarbeidene tok både flertallet og mindretallet utgangspunkt i at kapitalgevinster som utgangspunkt ikke kan beskattes på grunnlag av arbeidsregelen.<sup>34</sup> Begrunnelsen lå i at den senere verdistigningen ikke er tilknyttet arbeidsforholdet, men eiendomsretten til aksjen. Derimot formulerte flertallet og mindretallet problemstillingen noe ulikt. Problemstillingen var i følge flertallet om aksjegevinsten unntaksvis kunne beskattes etter arbeidsregelen. Mindretallet mente at spørsmålet var i hvilke tilfeller en aksjegevinst kan sies å være vunnet ved arbeid.<sup>35</sup> Dette måtte ifølge mindretallet bero på en vurdering om tilknytningen var ”tilstrekkelig kvalifisert”. Vurderingen gikk på om det var

---

<sup>32</sup> Jfr. Aarbakke (1990): *Skatt på inntekt*, s.34 flg.

<sup>33</sup> Dommen er også kalt Engelandsdal-dommen, se blant annet Sandvik (2000): ”Aksjegevinst som lønn”, *Revisjon og regnskap*, 2000, nr. 8, s.60, på s.61. Dommen blir heretter kun omtalt som Kruse Smith.

<sup>34</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 72 (1983-1984) s.2, Inst.O. nr. 73 (1983-1984) s.1 og Ot.prp. nr.86 (1997-1998) s.47.

<sup>35</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.770.

mest naturlig å bedømme fordelene som arbeidsinntekt eller kapitalgevinst, og om aksjonærvilkårene avvek fra de markedsmessige vilkår.<sup>36</sup>

Faktum i saken var at 13 (av 190) ansatte i Kruse Smith Stavanger AS fikk tegne aksjer i arbeidsgiverselskapet i 1987.<sup>37</sup> De ansatte betalte kun kr 10 per aksje. Beløpet tilsvarte omtrent 7 % av aksjens matematiske verdi på ervervstidspunktet (kr 143,02). I avtalen ble det inntatt en klausul om at de ansatte kun fikk selge sine aksjer ved oppsigelse. Aksjene måtte selges tilbake til KSS og selskapet hadde plikt til å kjøpe aksjene tilbake fra de ansatte. Salgsprisen skulle fastsettes etter en formel som stort sett tilsvarte matematisk verdi med fradrag for (143,02 - 10 =) kr 133,02 per aksje. Altså et beløp tilsvarende den underprisen som skattyterne hadde fått fordel av ved ervervet. Høsten 1991 inngikk de ansatte imidlertid en avtale med Kruse Smith Konsern AS.<sup>38</sup> Denne avtalen innebar at KSK skulle innløse alle ansattes aksjer.

I 1995 vedtok ligningsnemnda at de ansatte, i stedet for å bli beskattet for kjøp av aksjer til underpris, skulle få sin aksjegevinst beskattet som fordel vunnet ved opsjon i arbeidsforhold, etter skatteloven (1911) § 42 første ledd, jfr. trettende ledd, tilsvarende dagens sktl. § 5-14 annet ledd. Da saken kom opp for Høyesterett, var det ikke lenger omstridt at aksjetegningen var reell. Gevinsten som de ansatte oppnådde ved innløsningen, kunne således ikke beskattes på grunnlag av reglene om opsjoner i arbeidsforhold.

Førstvoterende som representerte flertallet, viste innledningsvis til Aarbakkes kommentar til Nordborg-dommen. Aarbakke mener at arbeidsregelen unntaksvis kan komme til anvendelse dersom aksjeervervet er nødvendig for å få eller opprettholde et arbeidsforhold. Mindretallet viste også til Aarbakke, men tok ikke direkte stilling til om kriteriene Aarbakke oppstiller er tilstrekkelig til å utløse en omklassifisering. Mindretallet nøyde seg med å påpeke at unntakssituasjonene som Aarbakke nevner, må oppfattes som eksempler på situasjoner der tilknytningen etter hans mening er tilstrekkelig kvalifisert.

---

<sup>36</sup> L.c.

<sup>37</sup> Kruse Smith Stavanger AS forkortes heretter KSS.

<sup>38</sup> Heretter forkortet KSK.

Førstvoterende synes å støtte Aarbakkes oppfatning, men kommer til at noe slikt unntakstilfelle ikke foreligger i denne saken. Spørsmålet blir i følge førstvoterende om det på annet grunnlag kan gjøres unntak fra regelen om at kapitalgevinster i utgangspunktet ikke omfattes av arbeidsregelen.

Staten hevdet at gevinsten skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid i henhold til skatteloven 1911 § 42 første ledd, og anførte fire grunner til støtte for dette. Den første anførselen var knyttet til risikograden, den andre omhandlet de ansattes og de øvrige aksjonærenes rettigheter, den tredje gikk ut på at aksjene var ervervet til underpris og den siste anførselen var at de ansatte bare kunne forbli aksjonærer så lenge de var ansatt i selskapet. I det følgende behandles de fire anførselene fortløpende.

For det første anførte staten at de ansattes aksjeerverv ikke hadde like stor risiko som de øvrige aksjonærene. Staten mente at de ansattes risiko kun var på kr 10 per aksje – som var prisen de betalte – mens de ansatte på sin side mente at dette ikke var riktig. Begrunnelsen var at dersom den matematiske verdien per aksje ved utløsning var lavere enn kr 133,02, var aksjonærene forpliktet til å innbetale differansen til KSK. Dette var både flertallet og mindretallet uenige i. Siden de ansatte ikke kunne få ta del i den verdien som var skapt før tegningstidspunktet i 1987, kunne de heller ikke bli pålagt å dekke det tap som de tidligere aksjonærene ble påført, om disse verdiene senere skulle gå tapt. Derimot var dommerne ikke enige om betydningen av dette. Flertallet la betydelig vekt på at skattyterne hadde et tapspotensial på aksjene, selv om dette var begrenset til kr 10 per aksje. Mindretallet mente derimot at aksjeervervet på grunn av en ubetydelig tapsrisiko manglet ”vesentlige elementer som karakteriserer en normal aksjonærposisjon”, og at dette måtte ses i sammenheng med at aksjonærposisjonens nære tilknytning til arbeidsforholdet.<sup>39</sup>

For det andre anførte staten at de som var aksjonærer i KSS før kapitalutvidelsen i 1987, hadde forkjøpsrett til pålydende ved avhendelse av de ankende parter aksjer, mens de ankende parter etter aksjonæravtalen ikke hadde noen forkjøpsrett ved avhendelse av de

---

<sup>39</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.771.

tidligere aksjonærers aksjer. På denne måten kom de ansatte i en mindre gunstig stilling enn de tidligere aksjonærene, men førstvoterende kunne ikke se at dette var relevant i vurderingen.

For det tredje anførte staten at det måtte legges vekt på at de ankende parter ervervet aksjene til betydelig underpris, og at de hadde krav på å få utbetalt verdiøkningen som selskapet hadde gjennomgått fra 1987 til det tidspunkt de eventuelt sluttet. Grunnet fradragsklausulen mente flertallet at fordelene om underpris aldri ble realisert. Den eneste fordel de ansatte fikk ved aksjetegningen, var at de fra 1987 til 1991 hadde like aksjonærrettigheter som de øvrige aksjonærene, tross at de hadde ervervet aksjene til underpris. Førstvoterende gir uttrykk for at verdien skulle vært beskattet som aksjegevinst i arbeidsforhold.<sup>40</sup> Dette ble imidlertid ikke anført av noen av partene, og kunne således ikke overprøves av Høyesterett. Videre mente førstvoterende at verdien av underkursen aldri ble realisert, slik at den ikke var gjenstand for beskatning.<sup>41</sup> Ifølge mindretallet var effekten av fradragsklausulen at en del av avtalen kunne anses som en form for rentefri kreditt. Lånet tilsvarte differansen mellom markedspris og underpris, og forfalt først ved realisasjon av aksjene.<sup>42</sup> Mindretallet påpekte også at avtalen innebar en betydelig fordel utover dette. Når det gjaldt klausulen om en innløsningsplikt for KSK ved en eventuell avhendelse, sa førstvoterende at denne måtte ses i sammenheng med de ansattes salgspunkt ved endt arbeidsforhold.<sup>43</sup>

For det fjerde anførte staten at det måtte tillegges vekt at de ansatte bare hadde rett til å være aksjonærer i KSS så lenge de var ansatt i selskapet. Førstvoterende påpekte at dette ikke var uvanlig. Hans oppfatning var at verdiutviklingen på aksjen uansett ville vært knyttet til den økonomiske utvikling i selskapet, uavhengig av om de ansatte kun hadde rett til å være aksjonær så lenge de er ansatt i selskapet.<sup>44</sup> Videre sa flertallet at en tilknytning

---

<sup>40</sup> Jfr. sktl. § 5-14.

<sup>41</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.768.

<sup>42</sup> Et særskilt spørsmål er om avtalen, grunnet fradragsklausulen, kan anses som et ulovlig lån i henhold til aksjeloven/allmennaksjeloven § 8-10. Se bl.a. Gjems-Onstad (2003): *Norsk bedriftsskatterett*, s.255.

<sup>43</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.768.

<sup>44</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.768.

til arbeidsforholdet, alene ikke er tilstrekkelig. Mindretallet mente derimot at dette var et relevant moment i vurderingen av hvor nær tilknytning aksjonærposisjonen har til et arbeidsforhold, som de uttrykte er kravet for omklassifisering.<sup>45</sup>

Flertallet konkluderte med at statens anførsler, ”verken enkeltvis eller samlet” kunne lede til at kapitalgevinsten omklassifiseres til arbeidsinntekt. Mindretallet konkluderte derimot med at aksjegevinsten burde omklassifiseres til arbeidsinntekt. Situasjonen ville blitt en annen, i følge mindretallet, dersom underkursen ikke var fradragspliktig ved realisasjon. De ansatte ville da fått differansen beskattet på ervervstidspunktet som arbeidsinntekt i henhold til dagens sktl. § 5-14, mens den senere verdistigningen ville blitt beskattes som aksjegevinst.

#### 3.2.4 Rt.2000 s.1739, Pre Finans

Hovedproblemstillingen i Rt.2000 s.1739, Pre Finans var om fordel knyttet til arbeidstakers erverv og senere salg av aksjer i arbeidsgiverselskapet kunne beskattes som fordel vunnet ved arbeid eller som ulike former for kapitalgevinst.<sup>46</sup> Nærmere bestemt om aksjegevinst ved aksjesalg kunne beskattes etter arbeidsregelen i henholdt til skatteloven (1911) § 42 nr. 1.

Pre Finans AS ble stiftet av Realkreditt og Kommunal Landspensjonskasse i 1987.<sup>47</sup> Samtidig med opprettelsen fikk partnerne i selskapet mulighet til å kjøpe aksjer tilsvarende 37,5 %, i arbeidsgiverselskapet. Aksjekjøpet kunne finansieres med obligasjonslån i Realkreditt, med en løpetid på fem år og en rentesats på 10 %. Denne rentesatsen var vesentlig lavere enn markedsrenten på avtaletidspunktet. På denne måten kunne selskapet isolere godt lederskap, ved at partnerne fikk et incentiv om å yte sitt beste for at aksjekursen skulle stige med minst 10 % i året. Kun da ville de ansatte tjene på aksjene.

---

<sup>45</sup> Nærmere om dette i kapittel 4.

<sup>46</sup> Dommen er også blitt kalt også kalt Mo-dommen, men heretter omtales den kun som Pre Finans.

<sup>47</sup> Pre Finans AS het tidligere Capax AS, i det følgende kun omtalt som Pre Finans. Kommunal Landspensjonskasse forkortes heretter KLP.



I aksjonæravtalen ble det inntatt en klausul om at Pre Finans og Realkreditt skulle dekke rentedifferansen (50-50) dersom aksjegevinsten ikke skulle nå opp til 10 %. Videre måtte aksjene selges til hovedaksjonærene, Realkreditt og KLP, ved endt ansettelsesforhold. Dersom de ansatte ville selge alle eller en del av sine aksjer på et tidligere tidspunkt, hadde hovedaksjonærene en plikt til å kjøpe dem. Kort tid etter at aksjonæravtalen ble inngått, fremla administrerende direktør i Pre Finans forslag om at gjeldsslettingsklausulen måtte endres slik at partnerne selv bar risikoen for lånet. Dette begrunnet han med at avtalen ellers kunne by på skatteproblemer for de ansatte. Om forslaget ble bindende gjennomført var det første spørsmålet Høyesterett tok stilling til.

Den 1. juni 1987 ble det holdt et møte hvor alle partnerne vedtok å gi avkall på retten til å få slettet gjelden mot å innlevere sine aksjer. Problemet med gyldigheten av dette lå i at det verken ble gjort endringer i avtalen eller i individuelle gjeldsbrev. Det ble heller ikke ført dokumentasjon for slike endringer, noe førstvoterende hevdet at var nødvendig. Et annet forhold som støtter dette resultatet, var at administrerende direktør i Pre Finans etter endringsmøtet konstaterte at avtalen fremdeles ikke var i orden.

I 1989 ble det imidlertid inngått en ny avtale mellom hovedaksjonærene og de ansatte som hadde benyttet seg av aksjonæravtalen av 1987. Den nye avtalen innebar at de ansatte til enhver tid kunne kreve at Realkreditt kjøpte deres aksjer frem til 31.12.1990. Videre hadde Realkreditt rett til å kjøpe alle de ansattes aksjer per 31.12.1990. Ved den nye avtalen ble samtidig gjeldsslettingsklausulen formelt tatt ut.

Arne Mo som var ansatt i Pre Finans AS, benyttet seg av selskapets tilbud, og kjøpte i 1987 til sammen  $(1.250 + 400 =)$  kr 1.650 aksjer á kr 1.000, med lånefinansiering i Realkreditt. I

henhold til 1989-avtalen utløste Realkreditt Mos aksjer med kr 4.512 per aksje. Dette innebar en samlet kjøpesum på kr 7.444.800, som ga en aksjegevinst på kr 5.794.800.<sup>48</sup>

Dagjeldende gevinstbeskatningslov § 2 ga hjemmel for at aksjegevinsten var skattefri dersom skattyter hadde eid aksjen i over tre år. Av den grunn oppgav ikke Mo fortjenesten til beskatning. Ligningskontoret fikk imidlertid kjennskap til aksjesalget, og fattet vedtak om at Mos personinntekt skulle økes med kr 5.794.800 for inntektsåret 1990. Mo tok ut stevning mot staten, og Oslo byrett avsa dom i samsvar med ligningsnemnden. Mo anket til Borgarting lagmannsrett, som gav ham medhold i hans påstand om å oppheve ligningsvedtaket. Begge parter anket til Høyesterett.

Mo hevdet prinsipalt at 1987-avtalen måtte anses som en form for salgsopsjon. Dette sluttet Høyesterett seg til, med den begrunnelse at Mo når som helst hadde rett til å selge sine aksjer til Realkreditt for et beløp lik gjelden (inkludert renter) på salgstidspunktet. Mo bestred ikke at dette var en fordel vunnet ved arbeid, men mente i motsetning til Lagmannsretten at kravet på beskatning var foreldet. Fordelen burde ifølge Mo, komme til beskatning i 1987, jfr. skatteloven (1911) § 41 sjuende ledd og ligningsloven § 9-6 nr. 1.

Når det gjelder 1989-avtalen, hevdet Mo at denne ikke innebar noen fordel vunnet ved arbeid. Dette begrunnet han med at gjeldsslettingsklausulen var tatt ut, slik at han av den grunn hadde en reell risiko for sin investering. Avtalen kunne muligens anses som opsjon i arbeidsforhold, jfr. skatteloven (1911) § 42 fjortende ledd (tilsvarende dagens sktl. § 5-14 tredje ledd litra b), men dette kunne ifølge Mo uansett ikke kunne føre frem. Begrunnelsen var at innløsningsprisen ikke kunne anses som overpris, og fordelene av den grunn måtte settes lik null.

Høyesterett mente derimot i likhet med staten, at avtalene måtte vurderes i sammenheng. Høyesterett uttalte så hva som skulle til for at avtalene skulle anses å knytte selve aksjene

---

<sup>48</sup> Galt tall i dommen (Rt.2000 s.1739), på s.1742: ”Dette innebar en samlet kjøpesum på kr 7.333.800, som ga en kursgevinst på kr 5.794.800.” Det riktige er en samlet kjøpesum på  $(1.650 \times 4.512 =)$  kr 7.444.800. Dette kan også bevises ved at tallet for aksjegevinsten er riktig: altså  $(7.444.800 - 1.650.000 =)$  kr 5.794.800.

til arbeidsforholdet, med andre ord hva som skulle til for en omklassifisering av aksjegevinst til arbeidsinntekt:

”... jo mer disse [avtale-] vilkårene avviker fra markedets vilkår, og jo mer verdien av de ansattes aksjer er styrt av avtaler uavhengig av markedsprisen, jo sterkere knyttes aksjene til ansettelsesforholdet.”<sup>49</sup>

Videre mente Høyesterett at en omklassifisering måtte bero på om avtalene knyttet aksjenes verdi opp mot partnerns posisjon som ansatte. Høyesterett mente at Mos økonomiske forhold til aksjene var styrt av hans posisjon som ansatt. Både betingelsene for erverv av aksjene og de fremtidige salgsbetingelsene avvek fra det markedsmessig kjøp og salg av aksjer. Av den grunn måtte Mos aksjegevinst anses som fordel vunnet ved arbeid.

Grunnen til at 1987-avtalen avvek fra det markedsmessige var at den ikke bare inneholdt sikkerhet for tap, men også inkluderte full lånefinansiering, slik at partnerne ikke trengte noen form for økonomisk egeninnsats. Høyesterett sammenholdt dette med gjeldsslettingsklausulen, og uttalte:

”Det er mulig at en slik regulering av anskaffelsesvilkårene for aksjene alene er tilstrekkelig til å frata aksjeinnehavet sin normale karakter, med den konsekvens at senere salgsggevinst i sin helhet skal beskattes som fordel ved arbeid, jf. brev 25. november 1993 fra Finansdepartementet, Utv.1993 side 1592.”<sup>50</sup>

For å underbygge sin slutning viste Høyesterett til Kruse Smith hvor de ansatte hadde en viss reell tapsrisiko. Høyesterett mente at selv om gjeldsslettingsklausulen falt bort ved 1989-avtalen, var tapsrisikoen kun av teoretisk karakter. Samtidig påpekte de at salgssummen og omstendighetene rundt avhendelsen gjorde at kapitalforholdet avvek ytterligere fra det markedsmessige. Høyesterett konkluderte på grunnlag av dette at aksjegevinsten måtte omklassifiseres til arbeidsinntekt.

---

<sup>49</sup> Jfr. Rt.2000 s.1739, på s.1747.

<sup>50</sup> Jfr. Rt.2000 s.1739, på s.1748.

### 3.3 Salgsvederlag for patentrett

#### 3.3.1 Problemstillingen

Salgsvederlag for patentrett er løpende kapitalavkastning, og skal som hovedregel beskattes som kapitalinntekt i henhold til sktl. § 5-1 første ledd, jfr. § 5-20. Problemstillingen er om rettspraksis har etablert en hjemmel for at løpende kapitalavkastning i noen tilfeller kan omklassifiseres til arbeidsinntekt. Det finnes kun en Høyesterettsdom på dette området, nemlig Rt.2003 s.504, Lundgaard. I denne dommen ble det vist til både Hagerup-dommen og Kruse Smith. Det kan av den grunn se ut som Høyesterett har benyttet samme vurderingstema for også denne grensedragningen.<sup>51</sup> Lundgaard vedrører altså grensen mellom fordel vunnet ved kapital i henhold til sktl. § 5-1 første ledd, og fordel vunnet ved arbeid i henhold til samme bestemmelse.

#### 3.3.2 Rt.2003 s.504, Lundgaard

Rt.2003 s.504, Lundgaard gjaldt spørsmålet om skattyters vederlag for patenterbar oppfinnelse, utbetalt etter avtale med arbeidsgiveren, skulle beskattes som kapital- eller arbeidsinntekt.<sup>52</sup> På bakgrunn av rettspraksis og arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 fant Høyesterett enstemmig at det forelå en slik sammenheng mellom oppfinnergodtgjørelsen og ingeniørens arbeidsforhold, at utbetalingen måtte klassifiseres som arbeidsinntekt.

Ingeniør Lundgaard var ansatt som seniorforsker ved SINTEF Energiforskning AS.<sup>53</sup> I forbindelse med et oppdrag fikk han en ide til et instrument som kunne avdekke feil i høyspentanlegg. Lundgaard utarbeidet en designskisse for dette instrumentet, uten at dette var en del av hans arbeidsoppdrag. Derimot skjedde den videre utviklingen av instrumentet i tilknytning til hans arbeidsforhold ved SINTEF.

---

<sup>51</sup> Nærmere om dette i kapittel 4.

<sup>52</sup> Dommen er også blitt kalt Oppfinnerdommen, men bli heretter kun omtalt som Lundgaard.

<sup>53</sup> SINTEF Energiforskning AS het tidligere Energiforsyningens Forskningsinstitutt, men blir i det følgende kun omtalt som SINTEF.

I 1994 inngikk Lundgaard avtale med SINVENT AS, på vegne av SINTEF-gruppen, og senere også med en tredjepart, TransiNor AS, som skulle produsere og selge instrumentet. For SINTEF innebar avtalen all eiendomsrett til oppfinnelsen, dens resultater samt rett til industriell utnyttelse. For Lundgaard innebar den en rett til oppfinnergodtgjørelse, tilsvarende en andel av netto lisensinntekt.

Lundgaards lisensinntekt ble utbetalt løpende. Hans første inntekt for 1998 på kr 4.536, ble lignet som lønnsinntekt. Lundgaard påklagde dette, men vedtaket ble opprettholdt. Lundgaard stevnet så staten ved Sør-Trøndelag fylkeskontor for Trondheim byrett med påstand om at hans lisensinntekt skulle beskattes som kapitalinntekt, og fikk medhold. Staten anket til Frostating lagmannsrett over rettsanvendelsen, og fikk medhold. Lundgaard anket videre til Høyesterett over rettsanvendelsen, men Høyesterett opprettholdt lagmannsrettens dom.

For Høyesterett hevdet Lundgaard at det var oppfinneravtalene som var lisensinntektens hjemmelsgrunnlag. Av den grunn kunne lisensinntekten ikke anses som en del av den lønnsinntekten han mottok fra SINTEF. Slik oppfinnergodtgjørelse mente Lundgaard at skulle beskattes som løpende kapitalavkastning, eller som kapitalgevinst ved realisasjon.

Både Høyesterett og staten mente at lisensinntekten måtte klassifiseres som arbeidsinntekt, i henhold til skatteloven (1911) § 42 første ledd. Førstvoterende oppstilte et krav om at fordelten og arbeidsforholdet måtte ha en slik tilknytning at det er ”mest naturlig” å beskatte fordelten som arbeidsinntekt.<sup>54</sup> Førstvoterende sier det er dette tilknytningskravet som er sakens kjerne og angir to hjemmelsgrunnlag for kravet. For det første viser Høyesterett til at et slikt tilknytningskrav kan sies å fremgå av en naturlig forståelse av ordlyden i skatteloven (1911) § 42, første ledd, ”vunnet ved ... arbeid”. Høyesterett påpeker også at personinntektsbestemmelsen (skatteloven 1911 § 55 første ledd nr. 1, tilsvarende dagens sktl. § 6-1) er av betydning. For det andre viser Høyesterett til at tilknytningskravet har kommet frem i rettspraksis, både i Hagerup- og Kruse Smith-dommen. Ifølge Høyesterett

---

<sup>54</sup> Jfr. Rt.2003 s.504, avsnitt 30.

mente både flertallet og mindretallet i Kruse Smith at tilknytningskravet var et krav om at tilknytningen mellom fordelen og arbeidet var ”tilstrekkelig kvalifisert”.<sup>55</sup>

Etter en vurdering hvor flere momenter ble tatt i betraktning, kom Høyesterett til at tilknytningskravet var oppfylt. Høyesterett la blant annet vekt på at tilfellet falt inn under arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4. Dette ble begrunnet med at Lundgaard hadde ”forsknings- eller oppfinnervirksomhet” som sin vesentligste arbeidsoppgave og at det videre foreligger ”en så kvalifisert sammenheng mellom lisensinntekten og hans arbeidsforhold at også vilkårene for øvrig må anses oppfylt”.<sup>56</sup> Videre la Høyesterett vekt på at oppfinnelsen hadde utspring i arbeidsforholdet, og at utviklingen skjedde i regi av SINTEF. Høyesterett avviste skattyters anførsel om at inntekten ikke var påregnelig i relasjon til arbeidsforholdet, og mente at avtalene bare bestyrket at den nødvendige tilknytning mellom lisensinntektene og Lundgaards arbeidsforhold forelå.

Til støtte for at det forelå en ”tilstrekkelig nær” sammenheng mellom lisensinntekten og arbeidsforholdet i SINTEF, viste Høyesterett til forarbeidene til skatteloven av 1999 og Aarbakke.<sup>57</sup> Høyesterett konkluderer:

”Jeg er enig med staten i at det under enhver omstendighet i denne saken foreligger slik kvalifisert tilknytning mellom godtgjørelsen og arbeidsforholdet, at det er mest naturlig å se det slik at fordelen er vunnet ved arbeid, jf. skatteloven § 42 første ledd.”<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Jfr. Rt.2003 s.504, avsnitt 35.

<sup>56</sup> Op. cit. avsnitt 37.

<sup>57</sup> Jfr. Ot.prp. nr 86 (1997-1998) s.47 om de spesielle motiver til hovedregelen om inntekt i sktl. § 5-1 og Aarbakke (1990): *Skatt på inntekt*, s.31 flg.

<sup>58</sup> Jfr. Rt.2003 s.504, avsnitt 45. Det refereres også til denne formuleringen i kapittel 4.

### 3.4 Earnouts

#### 3.4.1 Problemstillingen

Earnouts gjelder kort sagt salg av virksomhet med bindingstid for selger. Hovedregelen er at salgsvederlaget skal beskattes som kapitalgevinst i henhold til sktl. §5-1 annet ledd. Den skatterettslige problemstillingen ved earnouts er om salgsvederlag for virksomhet kan sies å inneholde et lønnselement, selv om dette ikke er avtalt mellom partene.<sup>59</sup> Spørsmålet er om rettspraksis har etablert et hjemmelsgrunnlag for at den del av salgsvederlaget som eventuelt er betinget av bindingstiden, kan klassifiseres som arbeidsinntekt.

Det er begrenset med rettspraksis knyttet til saker om omklassifisering av salgsvederlag når det gjelder earnouts. I det følgende redegjøres det for to lagmannsrettsdommer; Utv.2005 s.277 (Vistnes) og Utv.2005 s.907 (Fribog Hansen). Disse dommene har fått større rettskildemessig verdi ved at Lagmannsretten henviser til Høyesterettsdommer i sin begrunnelse.

#### 3.4.2 Utv.2005 s. 277, Vistnes

I Utv.2005 s.277, Vistnes-dommen var hovedspørsmålet om en del av et salgsvederlag for virksomhet kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt, grunnet betingelse om bindingstid i kombinasjon med en tilbakebetalingsforpliktelse ved eventuelle brudd på bindingsklausulen.<sup>60</sup> Lagmannsretten mente det sentrale spørsmålet var om aksjesalgssavtalens bindings- og tilbakebetalingsklausul på inntil 4 millioner, kunne innebære at denne delen skulle anses som forskudd på arbeidsinntekt i henhold til skatteloven (1911) § 42 første ledd.

Bakgrunnen var at Vistnes, Mannes og Eskildsen, sammen med Norstell AS, i 1995 stiftet aksjeselskapet Visman AS. Selskapet drev med passiv bannisolering i Nordsjøen. I 1999 ble Vistman AS solgt til IKM gruppen AS. Aksjene til Vistnes (21,93 %), Mannes

---

<sup>59</sup> Jfr. Gjems-Onstad: Sign on fees og earnouts, Utv.2001 s.692.

<sup>60</sup> Heretter omtales dommen kun ved navn.

(21,93 %) og Eskildsen (7,14 %) utgjorde til sammen utgjorde 51 %. Disse ble solgt for kr 9,7 millioner, mens Norstell AS' aksjeportefølje på 49 % ble solgt for kr 4,5 millioner.

I aksjesalgsavtalen aksepterte selgerne (Vistnes, Mannes og Eskildsen) å fortsette i sine stillinger i selskapet med en bindingstid på tre år. Ved brudd på bindingstiden skulle kr 4 millioner tilbakebetales i salgsåret, med en avtrapping på kr 1 million per etterfølgende år. Beløpet skulle fordeles forholdsmessig på selgerne. Salgsavtalen innholdt også en klausul om konkurranseforbud og taushetsplikt på fem år fra den dagen de slutter i Visman AS.<sup>61</sup>

Vistnes, Mannes og Eskildsen oppførte sine andeler av kjøpesummen som aksjegevinst, men ligningsmyndigheten foretok en omklassifisering av deler av aksjevederlaget til arbeidsinntekt. Hver enkelt skattyter stevnet staten ved Rogaland fylkesskattekontor inn for Stavanger tingrett. Saken ble forente til en felles behandling. Det var kun Eskildsen som fikk medhold i at hele hans aksjegevinst skulle beskattes som kapitalinntekt. De to andre skattyterne anket videre til Gulatings lagmannsrett. Det samme gjorde staten når det gjaldt Eskildsens ligning.

Skattyterne mente at hele vederlaget skulle anses som aksjegevinst og dermed beskattes som kapitalgevinst. De viste til Kruse Smith om at kapitalgevinst i utgangspunktet faller utenfor arbeidsregelen. Lagmannsretten mente at 4 millioner av aksjesalgsvederlaget måtte anses som forskudd på arbeidsvederlag, og således kunne beskattes som fordel vunnet ved arbeid.

Lagmannsretten startet med på påpeke at løsningen på denne earnout-problematikken verken er regulert i lov, forskrift eller i tidligere rettspraksis. Videre viste de til Finansdepartementets brev av 30. desember 1998 til Skattedirektoratet.<sup>62</sup> Departementet åpnet for en omklassifisering av kapitalinntekter til arbeidsinntekter, og anførte tre

---

<sup>61</sup> Når det gjelder konkurranseklausulen, blir det egentlig et spørsmål om deler av salgsvederlaget kan anses som en fordel vunnet ved å *ikke* arbeide.

<sup>62</sup> Finansdepartementets brev er inntatt i Utv.1999 s.225



omstendigheter som kan føre til dette. For det første dersom ”det formelle aksjevederlaget synes høyere enn det som selskapets verdier og inntjeningsevne kan forklare, gitt at de gamle eierne snarlig avslutter eller vesentlig innskrenker sin aktivitet i selskapet”. For det andre dersom ”de gamle eierne binder seg til en lengre arbeidsperiode i bedriften, eventuelt kombinert med forbud mot å starte konkurrerende virksomhet”. Og for det tredje dersom ”de lønnsmessige vilkår for denne arbeidsperioden innebærer et lønnsnivå atskillig under markedsverdi for arbeidet”.<sup>63</sup> Retten påpeker at dette er momenter som i ettertid er blitt brukt i en helhetsvurdering, men at den ikke gir noen grunnlag for å oppstille kumulative vilkår for en omklassifisering. Retten kan heller ikke se at det er blitt etablert en praksis av slik omfang og fasthet at Finansdepartementets uttalelse må tillegges avgjørende vekt ved vurderingen.

Skattyterne viste både til Vesaasdommen, Kruse Smith og Pre Finans, og anførte at bindings- og tilbakebetalingsklausulen ikke alene var tilstrekkelig for en omklassifisering, men at det måtte foreligge ytterligere momenter. Lagmannsretten viste i denne sammenheng til at Høyesterett i Pre Finans viste til Hagerup-dommens uttalelse og fortsatte:

”Det kreves således at sammenhengen mellom fordelen og arbeidsinnsatsen er ”så nær” og at det er ”naturlig” å anse inntekten som arbeidsinntekt.”<sup>64</sup>

Både Lagmannsretten og staten påpeker at det ikke er omtvistet at det foreligger en fordel og at det foreligger et arbeidsforhold. Spørsmålet blir av den grunn om det er ”tilstrekkelig tilknytning” eller ”tilstrekkelig årsakssammenheng” mellom fordelen og arbeidsforholdet.

Selgerne anførte at salgsvederlaget ikke var betinget av deres arbeidsinnsats i bindingstiden, men at bindingstidsklausulen måtte ses på som en garanti, hvor mislighold blir sanksjonert med en form for konvensjonalbot. Lagmannsretten var ikke enig i dette.

---

<sup>63</sup> Disse momentene er blitt videreført i Lignings-ABC 2004 s.1098.

<sup>64</sup> Kommer også tilbake til denne uttalelsen i punkt 4.

Derimot støttet Lagmannsretten statens anførsel om at 4 millioner av salgsvederlaget måtte anses som overpris. Dette ble begrunnet de med at Nordstell AS kun fikk kr 4,5 millioner for sine aksjer, som tilsvarte 49 % av selskapets aksjer, mens de private aksjeeierne fikk til sammen kr 9,7 millioner for de resterende 51 % av selskapets aksjer.<sup>65</sup>

Etter en helhetsvurdering av flere momenter kom Lagmannsretten til at sammenhengen mellom vederlaget på inntil kr 4 millioner og de ansattes arbeidsinnsats, var så nær at det kunne utledes en ”faktisk og rettslig forbindelse” mellom dem. Av den grunn konkluderte de med at ”avtalens bestemmelser om bindingstid og tilbakebetaling, herunder konkurranseforbudet, sett i sammenheng med fordelingen av vederlaget mellom de to gruppene av aksjeeiere, innebærer at det er tilstrekkelig tilknytning mellom deler av aksjevederlaget” og selgernes arbeidsinnsats i bindingstiden.

### 3.4.3 Utv.2005 s.907, Friborg Hansen

Lagmannsrettsdommen i Utv.2005 s.907, Friborg Hansen gjaldt spørsmålet om korrekt klassifikasjon – kapitalgevinst eller fordel vunnet ved arbeid – av salgsvederlag for virksomhet.<sup>66</sup>

Friborg Hansen var aksjonær og arbeidstaker i selskapet Z&G Geoscience Ltd., som solgte konsulenttjenester knyttet til reservoarteknikk ved hjelp av selvstendig utviklet programvare. I 1998 ble aksjene i selskapet kjøpt opp av Western Atlas International Inc. Vederlaget ble avtalt i to deler; Et beløp tilsvarende 81,5 % av det samlede vederlaget,

---

<sup>65</sup> Deler man 4,5 millioner på 0,49 får man omtrent 9,2. Multipliserer man dette med 0,51 får man omtrent 4,7 millioner som er det de private aksjeeierne burde fått betalt for sine 51 %, dersom de skulle fått like mye (lite) som Nordstell AS per aksje. I og med at avtalen mellom Nordstett AS og IKM gruppen AS kun gikk på aksjesalg/kjøp, kan det argumenteres for at denne summen er markedsverdi. Således kunne det også blitt anført at 4,7 millioner av salgsvederlaget skulle omklassifiseres til arbeidsinntekt. Da dette ikke ble anført i dommen, står denne problemstillingen fremdeles åpen.

<sup>66</sup> Dommen omtales heretter kun ved navn.

Lagmannsrettens formulering av problemstillingen i Friborg Hansen-dommen er: ”Saken gjelder spørsmål om korrekt klassifikasjon – fordel vunnet ved kapital eller arbeid ...” Dette kan være noe misvisende idet salgsvederlag for aksjeselskap som hovedregel beskattes som kapitalgevinst i henhold til sktl. § 5-1 annet ledd, og ikke som kapitalinntekt etter første ledd, der ordlyden er ”fordel vunnet ved ... kapital”. En mulighet er at også Lagmannsretten benytter fordel vunnet ved kapital i vid forstad, slik at også dette inkluderer kapitalgevinster i henhold til sktl. § 5-1 annet ledd, men dette kommer da ikke godt nok frem.

skulle gjøres opp på overdragelsestidspunktet. Et ytterligere beløp tilsvarende 18,5 % av det samlede vederlaget, skulle gjøres opp etter at Hansen hadde arbeidet for selskapet i ytterligere tre år, noe han gjorde.

Det var ikke omtvistet at vederlaget som ble utbetalt på overdragelsestidspunktet (81,5 %), skulle klassifiseres som kapitalgevinst. Problemstillingen gjaldt om den øvrige delen av vederlaget på 18,5 % skulle klassifiseres som kapitalinntekt eller arbeidsinntekt etter skatteloven (1911) § 42. Staten hevdet at 18,5 % av vederlaget måtte anses som arbeidsinntekt, mens Hansen hevdet at restvederlaget var å anse som kapitalinntekt.

Lagmannsretten påpekte at det var tale om et rettsanvendelsesskjønn som kan prøves fullt ut. Videre tok de utgangspunkt i at lovbestemmelsen opererer med et forholdsvis vidt årsaksbegrep. Under henvisning til de tre forfatterdommene og Lundgaard, sluttet retten seg til statens anførsel om at det er tilstrekkelig at arbeidsforholdet har gitt foranledningen til at skattyter kan ha innvunnet fordelene.

Lagmannsretten foretok en helhetsvurdering der flere momenter ble vektlagt. Retten la til grunn at Hansen ikke ville fått noe av restvederlaget utbetalt dersom han hadde avsluttet ansettelsesforholdet umiddelbart, og kun en forholdsmessig andel av restvederlaget dersom han hadde avsluttet ansettelsesforholdet etter ett eller to år av bindingstiden på tre år. Dette innebar at utbetaling av hele restvederlaget i henhold til avtalen, var rettslig betinget av at Hansen opprettholdt sitt ansettelsesforhold under hele bindingstiden. Videre la retten til grunn at Hansen kun opprettholdt sin stilling ut bindingstiden, og ikke en dag lengre.

Hansen anfører flere momenter for at også restvederlaget skulle anses som kapitalgevinst. Et av de anførte momentene var at kjøpers formål var å skaffe seg rettighetene til et avansert og verdifullt dataprogram, recallsystemet, slik at det var dette de betalte for, ikke det etterfølgende arbeid. Andre momenter var at restvederlaget var ment som en sikkerhet for kjøper og at ansettelsesforholdet bidro til å effektivisere og sikre konkurranseforbudet, at Hansen mottok markedsmessiglønn i treårsperioden (bindingstiden), og at Hansen på

avtaletidspunktet ikke hadde noen mulighet for å forstå at restvederlaget kunne bli omklassifisert til arbeidsinntekt. Lagmannsretten avviste alle momentene og uttalte blant annet:

”Det er ikke et vilkår for beskatning at skattyteren er klar over den korrekte skattemessige klassifikasjon, og det har for øvrig heller ikke avgjørende betydning at det tok lang tid før ligningsmyndighetene oppfattet situasjonen korrekt.”

Retten synes her å mene at en omklassifisering ikke bare vil ramme illojale avtaler eller tilfeller der hovedformålet til skattyter er å spare skatt. Dette er sentrale momenter for gjennomskjæring.

Lagmannsretten konkluderte med at fordelene skal beskattes som ”fordel vunnet ved arbeid” i henhold til skatteloven av 1911 § 42 og sktl. § 5-1, jfr. § 5-10.

### **3.5 Sammenfatning**

Utgangspunktet før dette århundre var som vist prejudikatet i Nordborg-dommen. Høyesterett oppstilte i denne dommen en ubetinget regel om kapitalbeskatning av kapitalinntekter. I ettertid ble imidlertid dette standpunktet kritisert i juridisk teori og kritikken fikk støtte av Høyesterett.<sup>67</sup> I juridisk teori (Aarbakke) ble det åpnet for at regelen om at aksjegevinster skal beskattes som kapitalgevinst er en betinget regel.<sup>68</sup>

Synspunktet ble fulgt opp av både flertallet og mindretallet i Kruse Smith, selv om resultatet i denne dommen ikke førte til en omklassifisering. Både flertallet og mindretallet tok utgangspunkt i regelen om at aksjegevinster ikke kan beskattes etter arbeidsregelen, og i denne sammenheng uttalte mindretallet:

---

<sup>67</sup> Se bl.a. Aarbakke (1990): *Skatt på inntekt*, s.34-35 og Rt.2000 s.758, Kruse Smith.

<sup>68</sup> Jfr. Aarbakke (1990): *Skatt på inntekt*, s.34-35.

”Disse utgangspunktene innebærer at aksjegevinst som er foranlediget ved eller står i sammenheng med arbeidsforholdet, ikke uten videre omfattes av skatteplikten etter § 42. På den annen side er det etter min oppfatning ikke holdepunkter for å anta at gevinst ved avhendelse av aksjer aldri kan være fordel vunnet ved arbeid, uansett tilknytning til arbeidsforholdet.”<sup>69</sup>

Videre viser Lundgaard at en omklassifisering til arbeidsinntekt også er mulig for kapitalinntekter (salgsvederlag av patentrett) i henhold til sktl. §5-1 første ledd.

Lagmannsrettdommene viser at retten i earnout-tilfeller har omklassifisert kapitalgevinst til arbeidsinntekt. Av den grunn kan man si at arbeidsregelen gjennom rettspraksis har fått et utvidet anvendelsesområde. Kapitalinntekter kan omklassifiseres til arbeidsinntekt i visse tilfeller. Problemstillingen videre er i hvilke tilfeller en slik omklassifisering kan skje.

---

<sup>69</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.770.

## **4 VILKÅR FOR OMKLASSIFISERING**

Som nevnt er hovedregelen at aksjegevinster og salgsvederlag for virksomhet og patentrett beskattes som kapitalinntekt/-gevinst etter sktl. § 5-1 første og annet ledd. Ovenfor ble det vist at rettspraksis har etablert en hjemmel for at arbeidsregelen unntaksvis kan anvendes på kapitalinntekter. I det følgende vil det ut ifra en analyse av den ovennevnte rettspraksis sammenholdt med juridisk teori, bli sett på om det kan oppstilles et eller flere vilkår for slike unntakstilfeller. Det vil bli redegjort for tre vilkår som hovedsakelig er utledet fra de ovennevnte dommene. Det første vilkåret er tilknytningskravet, det vil si at det må foreligge en kvalifisert nærhet/tilknytning til arbeidsforholdet. Det andre vilkåret er naturlighetskravet, som innebærer at det må være en naturlig tilknytning til arbeidsforholdet. Det tredje vilkåret er avvikskravet. Dette er et krav om at kapitalforholdet må avvike fra det markedsmessige for at en fordel skal kunne omklassifiseres fra kapitalinntekt til arbeidsinntekt.

Problemstillingen er om vilkårene gir grunnlag for en felles regel der disse tre vilkårene er kumulative, eller om de er selvstendige vilkår som alene kan gi grunnlag for en omklassifisering. Det blir også redegjort for forholdet mellom vilkårene og om de eventuelt overlapper hverandre.

### **4.1 Tilknytningskravet**

Det første vilkåret er tilknytningskravet. Dette innebærer at det må foreligge en kvalifisert nærhet/tilknytning til arbeidsforholdet. Vilkåret er også blitt formulert som en nærhetsvurdering. Spørsmålet er om det foreligger en så kvalifisert nærhet/tilknytning til arbeidsforholdet at det vil kunne gi grunnlag for en omklassifisering. Først redegjøres det for tilknytningskravets opprinnelse, så analyseres tilknytningskravets innhold og hjemmelsgrunnlag.

I Nordborg-dommen fra 1922 uttalte Høyesterett at en tilknytning mellom ansettelsesforholdet og aksjegevinsten var irrelevant. Aarbakke mente at Høyesteretts slutning i denne dommen ikke kunne være ”holdbart generelt”, og oppstilte to tenkte unntakssituasjoner der arbeidsregelen kunne komme til anvendelse på kapitalinntekter.<sup>70</sup> Den første unntakssituasjonen er der erverv av aksjer er en forutsetning for å få en stilling og aksjene blir solgt i kort tid etter ervervet. Den andre unntakssituasjonen er der aksjer erverves kun for å opprettholde en stilling. I begge disse tilfellene mente Aarbakke at det foreligger en kvalifisert tilknytning mellom arbeidsforholdet og aksjegevinsten. I følge Aarbakke vil det foreligge en kvalifisert tilknytning dersom eierposisjonen til de ansatte ikke er motivert av eget ønske, men som en nødvendighet i arbeidsforholdet.

Juridisk teori spiller en viktig rolle i utformingen av rettsregler. Aarbakkes uttalelse fikk støtte fra blant annet flertallet i Kruse Smith der førstvoterende mener at Aarbakkes synspunkter synes å ha gode grunner for seg. Med denne uttalelsen fikk Aarbakkes teoretiske formulering en økt rettskildemessigvekt. Det er viktig å få frem at situasjonen i Kruse Smith avvek noe fra situasjonen i Nordborg, og at dommens resultat ikke var begrunnet i Aarbakkes resonnement. Resultatet i Kruse Smith var for øvrig at aksjegevinsten ikke kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt i den aktuelle situasjonen. Også Zimmer har i etterkant av Kruse Smith-dommen uttalt at det nå må være grunnlag for en mer fleksibel tilnærming, til spørsmålet om kapitalinntekter kan omklassifiseres til arbeidsinntekt, enn det premissene i Nordborg-dommen gir uttrykk for.<sup>71</sup>

I Høyesterett kom tilknytningskravet først til uttrykk i Hagerup-dommen, som omhandlet inntektsbegrepets ytre grense:

”Under enhver omstendighet må det avgjørende kriterium bli om det i det konkrete tilfelle består en så nær sammenheng mellom det arbeid eller den virksomhet som

---

<sup>70</sup> Jfr. Aarbakke (1990): *Skatt på inntekt*, s.34 flg. For Aarbakkes sitat, se kapittel 3.2.2.

<sup>71</sup> Jfr. Zimmer (2005): *Lærebok i skatterett*, s.358.

er ytet, og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som 'vunnet' ved arbeid eller virksomhet.”<sup>72</sup>

Tilknytningskravet ble her formulert som en nærhetsvurdering, hvor også kravet om naturlig tilknytning spilte inn.

Spørsmålet er i hvilken grad denne uttalelsen kan få betydning for grensedragningen mellom de ulike inntektstypene. Det er ingen tvil om at en slik overføring ved uttalelsen i dommen, ikke var påtenkt. Skillet mellom de ulike inntektsmåtene ble ikke aktualisert før trygdeavgiften ble påkrevd kun for personinntekter. Denne avgiften ble ikke innført før i 1970, altså tolv år etter Hagerup-dommen (1958).<sup>73</sup> Derimot kan ovennevnte uttalelse få betydning ved at Høyesterett i ettertid har gjengitt uttalelsen i dommer og i juridisk teori, når det gjelder å fastsette vilkår for omklassifisering av aksjegevinst og salgsvederlag til arbeidsinntekt. Høyesterett viser til forfatterdommene uten å drøfte nærmere om vurderingstemaet kunne tenkes forskjellig i de to situasjonene. Krohnstad uttalte i en artikkel at dette innebærer at grensen mellom arbeids- og kapitalinntekt i hovedsak må bero på det samme rettslige vurderingstemaet som inntektsbegrepets ytre grense.<sup>74</sup> Kvamme viser i en annen artikkel til to grunner for at Høyesterett ikke drøfter dette. En første mulighet kan være ”at Høyesterett ikke har funnet spørsmålet tvilsomt. En annen er at det ikke har vært uenighet mellom sakens parter på dette punkt”.<sup>75</sup> Videre fremhever Kvamme at det kan anføres grunner for at tilknytningskravet ved vurdering av inntektsbegrepets ytre grense bør være en annen enn ved grensedragningen mellom inntektstypene. Kvamme viser til hensynet til sikring av skattefundamentet, hensynet til omgåelsesfare og likhetsprinsippet og bemerker:

”Ved grensedragningen mellom inntektsarter, kan det anføres at disse hensyn vil stille seg likt for alle inntektsarter, slik at ingen inntektsart kan ha noe særskilt

---

<sup>72</sup> Også sitert i kapittel 3.1.

<sup>73</sup> Jfr. Masteroppgave i rettsvitenskap (2005): Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt utenfor delingsmodellen.

<sup>74</sup> Jfr. Krohnstad: ”En delingsmodell for aksjegevinster?” *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67, på s.70.

<sup>75</sup> Jfr. Kvamme: ”Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter”, *Skatterett*, 2005, nr.4, s.305, på s.310.



tilknytningskrav til forskjell fra de andre. Men også et slikt utgangspunkt vil lede til en naturlighets/nærhetstest, hvoretter vurderingene uansett må antas å ville gi det samme resultat.”<sup>76</sup>

Flertallet i Kruse Smith formulerte ikke direkte et tilknytningskrav, men avviste en omklassifisering på grunnlag av flere momenter. Hvilket vilkår flertallet vektla er omdiskutert. Høyesterett selv uttalte i Lundgaard-dommen at flertallet i Kruse Smith oppstilte et tilknytningskrav, mens Krohnstad har uttalte at flertallet foretok en naturlighetstest.<sup>77</sup> Derimot er det klart at mindretallet i Kruse Smith vektla hvor nær tilknytningsforholdet mellom aksjegevinsten og arbeidsforholdet var. De viser blant annet til Nordborg, og sier at resultatet i dommen skyldtes at sammenhengen mellom aksjegevinsten og arbeidsforholdet ikke var tilstrekkelig:

”Av dette kan slutes at tilknytningen må være av en nærmere kvalifisert art.”

I Pre Finans uttrykte Høyesterett at det må foreligge en sterk tilknytning til ansettelsesforholdet. Dette kom også til uttrykk ved at Høyesterett viste til Hagerup-dommen og formulerte problemstillingen som et spørsmålet om ”hvorvidt avtalene i 1987 og 1989 knyttet aksjenes verdi opp mot partnernes posisjon som ansatte, på en slik måte at aksjegevinsten ved senere salg skal skattelegges etter skatteloven [1911] § 42 første ledd”. Denne formuleringen skiller seg fra formuleringen av tilknytningskravet i Kruse Smith. Kvamme har derimot uttalte at nyanser i formuleringene kun skyldes at de er påvirket av, og tilpasset det faktiske saksforholdet. Formuleringer av slike vilkår vil av den grunn utvikles over tid. Eventuelle nyanser skal altså ikke tolkes slik at retten har angitt forskjellige vurderingstemaer. Uansett la retten i verken Kruse Smith eller Pre Finans avgjørende vekt på dette vilkåret. I Pre Finans synes førstvoterende å legge avgjørende vekt på avvikskravet.<sup>78</sup> Derneft mener Kvamme at spørsmålet må anses avklart gjennom

---

<sup>76</sup> L.c. Kvamme viser til Zimmer (2004): *Lærebok i skatterett*, s.273.

<sup>77</sup> Jfr. Rt.2003 s.504 avsnitt 35. Kommer tilbake til Krohnstads uttalelse i punkt 4.2.

<sup>78</sup> Se kapittel 4.3.

Lundgaard, hvor retten angir sitt vurderingstema ut fra en henvisning både til Hagerup-dommen og Kruse Smith.

I Lundgaard synes Høyesterett å benytte både tilknytnings- og naturlighetskravet.<sup>79</sup> Høyesterett kom enstemmig frem til at tilknytningen mellom et salgsvederlag for en patenterbar oppfinnelse og arbeidsforholdet var ”tilstrekkelig nær”. Retten mente at både flertallet og mindretallet i Kruse Smith ”la til grunn at en fordel av denne art etter omstendighetene kan bli å klassifisere som lønnsinntekt, dersom tilknytningen til arbeidsforholdet er tilstrekkelig kvalifisert”. Høyesteretts ratio decidendi knyttet seg til at tilknytningskravet idet de konkluderte:

”Jeg er enig med staten i at det under enhver omstendighet i denne saken foreligger slik kvalifisert tilknytning mellom godtgjørelsen og arbeidsforholdet, at det er mest naturlig å se det slik at fordelene er vunnet ved arbeid, jf. skatteloven § 42 første ledd.”

Også denne uttalelsen viser at tilknytningskravet anvendes i sammenheng med naturlighetskravet, og ikke som et selvstendig vilkår. Tilknytningskravet som Høyesterett oppstiller i Lundgaard, forankres i to mulige hjemmelsgrunnlag; naturlig tolkning av lovtekst og rettspraksis.<sup>80</sup>

Når det gjelder earnout-tilfellene, uttalte Lagmannsretten i Vistnes, med begrunnelse i Hagerup-dommen at det kreves at tilknytningen mellom fordelene og arbeidsinnsatsen er ”så nær” og at der er ”naturlig” å anse inntekten som fordel vunnet ved arbeid. Også Lagmannsretten viser til naturlighetskravet, men synes å vektlegge tilknytningskravet som det sentrale idet de formulerer problemstillingen som et spørsmål om det er tilstrekkelig tilknytning mellom deler av aksjevederlaget og skattyternes forsatte arbeid i selskapet. Etter å ha foretatt en nærhetsvurdering, konkluderer retten med at ”avtalens bestemmelser om bindingstid og tilbakebetaling, herunder konkurranseforbudet, sett i sammenheng med

---

<sup>79</sup> Uttalelser om naturlighetskravet blir behandlet i kapittel 4.2.

<sup>80</sup> Jfr. kapittel 3.3.2, hvor hjemmelsgrunnlagene utdypes nærmere.

fordelingen av vederlaget mellom de to gruppene av aksjeeiere, innebærer at det er tilstrekkelig tilknytning mellom deler av aksjevederlaget”.

I Friborg Hansen-dommen synes Lagmannsretten kun å ta utgangspunkt i tilknytningskravet, idet de uttaler at det må være en ”sammenheng” mellom fordelen og arbeidet. Derimot synes retten ikke å legge like stort krav til tilknytningens nærhet.

#### 4.1.1 Tilknytningskravets innhold

Gjems-Onstad har uttalt at en omklassifisering kan skje ”dersom man ut fra en total vurdering av avtalen må legge til grunn at det kjøperne har betalt for, i større eller mindre utstrekning gjelder selgernes fortsatte arbeid i det solgte selskapet”.<sup>81</sup> Med begrunnelse i forarbeidene mener han at det sentrale spørsmålet er om betingelsen skaper en reell usikkerhet.<sup>82</sup> Det kan argumenteres for at suspensive betingelser skaper mer usikkerhet enn resolutive. Det er lettere å anse en som har mottatt penger som endelig eier av dem, enn en som må vente på sin betaling til senere. I Vistnes-dommen var betingelsen resolutiv, mens den i Friborg Hansen-dommen var suspensiv. Dette skillet mellom resolutiv- og suspensiv betingelse kom ikke frem i noen av dommene, og er av den grunn ikke avgjørende.

I Friborg Hansen mente Lagmannsretten at det var tilstrekkelig for en omklassifisering at fordelen var foranlediget av arbeidsforholdet. De oppstilte tilknytningskravet som et krav om at ”arbeidsforholdet må ha gitt foranledningen til at skattyteren har innvunnet fordelen”. Til støtte for dette viste retten til forfatterdommene om inntektsbegrepets ytre grense.<sup>83</sup> Spørsmålet er om det er tilstrekkelig for en omklassifisering av kapitalinntekt til arbeidsinntekt at aksjegevinsten/salgsvederlaget er *foranlediget* av arbeidsinnsatsen, eller om må man foreta en nærmere vurdering der de omstendigheter som gir vederlaget karakter av å være en aksjegevinst/et salgsvederlag også tas i betraktning.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Jfr. Gjems-Onstad: Sign on fees og earnouts, Utv.2001 s.692.

<sup>82</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 35 (1990-1991).

<sup>83</sup> Se kapittel 3.1

<sup>84</sup> Jfr. Krohnstad: ”En delingsmodell for aksjegevinster?”, *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67.

Det er i juridisk teori omtvistet om tilknytningen kan sies å være tilstrekkelig kvalifisert dersom fordelene er foranlediget av arbeidsforholdet. Om tilknytningskravets innhold har Kvamme uttalt at dersom arbeidsforpliktelsen er en forutsetning og en betingelse for utbetaling av deler av salgsvederlaget samt at dette er direkte nedfelt i salgssavtalene, er dette tilstrekkelig til å kunne omklassifisere denne del av salgsvederlaget til arbeidsinntekt. En trenger da ikke å foreta en nærmere nærhetsvurdering.

Dersom det ikke fremgår direkte i salgssavtalen, sier Kvamme at omklassifisering av deler av salgsvederlaget uansett kan skje på grunnlag av en nærhetsvurdering. Denne nærhetsvurderingen går ut på å se om en del av vederlaget må anses foranlediget av arbeidsforholdet/bindingstiden.<sup>85</sup> Som eksempel på relevante moment i nærhetsvurderingen oppstiller Kvamme fire momenter; omstendigheter rundt den konkrete avtale, selskapsverdien, arbeidsvilkår og tre momenter som Finansdepartementet har oppstilt.<sup>86</sup> Det første momentet er om vederlaget er høyere enn aksjenes antatte markedsverdi ved salget, det andre er om selger binder seg til en lengre arbeidsperiode i selskapet (bindingstid), og det siste momentet er om den lønn han skal få, er lavere enn markedsmessig lønn for arbeidet.<sup>87</sup>

Kvammes uttalelse har blitt kritisert av Krohnstad.<sup>88</sup> Krohnstad begrunner sin kritikk med at Kvamme ikke hadde rettskildemessig dekning for de slutninger han trakk av de aktuelle dommene på området, samt den begrunnelse at også et annet vilkår må være oppfylt, nemlig det han kaller naturlighetstesten.<sup>89</sup>

I Vistnes-dommen påpekte retten at det ikke var tvilsomt at ”bindingsklausulen var foranlediget av et ønske og behov fra kjøpers side om å beholde disse tre personene i

---

<sup>85</sup> Jfr. Kvamme: ”Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter”, *Skatterett*, 2005, nr.4, s.305, på s.312.

<sup>86</sup> Jfr. Utv.1999 s.225.

<sup>87</sup> De tre momentene Finansdepartementet oppstilte er blitt gjengitt i Lignings-ABC 2004 s.1098. Lagmannsretten refererte også til disse momentene i Vistnes-dommen.

<sup>88</sup> Jfr. Krohnstad: ”En delingsmodell for aksjegevinster?”, *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67, på s.68

<sup>89</sup> Nærmere om naturlighetstesten i kapittel 4.2.

ledelsen på grunn av deres personlige kvalifikasjoner og kompetanse”, men fortsetter sin nærhetsvurdering. Dette kan tyde på at retten ikke mente at det er tilstrekkelig at fordelene er foranlediget av arbeidsforholdet. Det samme synspunktet hadde mindretallet i Kruse Smith. De uttalt at ”aksjegevinst som er foranlediget ved eller står i sammenheng med arbeidsforholdet, ikke uten videre omfattes av skatteplikten etter” arbeidsregelen.<sup>90</sup> Dersom det ikke er tilstrekkelig at fordelene er foranlediget av arbeidsforholdet, blir spørsmålet hva som da må til for at tilknytningen mellom fordelene og arbeidsforholdet er tilstrekkelig kvalifisert til å kunne omklassifiseres fordelene til arbeidsinntekt.

Mindretallet i Kruse Smith mente at tilknytningen til arbeidsforholdet er tilstrekkelig kvalifisert dersom forholdet naturlig bør dømmes etter arbeidsregelen og ervervsvilkårene avviker fra det markedsmessige. Mindretallet synes å gi uttrykk for at tilknytningen er tilstrekkelig kvalifisert dersom de to andre mulige vilkårene er oppfylt.<sup>91</sup> Mindretallet synes å oppstiller de tre vilkårene som kumulative vilkår, det vil si at alle vilkårene må foreligge for at en omklassering skal kunne skje. Dette var dog en uttalelse fra Høyesteretts mindretall, som ikke har blitt fulgt opp i ettertid. Rettskildemessig vil uttalelsen ikke ha noen betydelig vekt. Flertallet i Kruse Smith synes ikke å ha tatt stilling til innholdet til tilknytningskravet.

Både Aarbakke og Lundgaard-dommen synes å knytte innholdet i vilkåret til en vurdering om nødvendighet. Fra Aarbakkes synspunkt, om ervervet av aksjene var en nødvendighet for å få eller opprettholde en stilling. Fra Lundgaard-dommens synspunkt, om arbeidsforholdet var en nødvendig og avgjørende faktor for at fordelene oppstod. Om Lundgaard-dommen har Zimmer uttalt:

”Henvisningen til at ”ideen er Lundgaards”, innebærer kanskje at tilknytningen skattemessig ville vært nær nok selv om tilfellet falt utenfor [arbeidstakeroppfinnelses]lovens § 4, når det er slik at den videre utviklingen av

---

<sup>90</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.770.

<sup>91</sup> Se henholdsvis kapittel 4.2 og 4.3.

ideen ble utført i regi av arbeidsgiveren. Dette er kanskje det sterkeste argumentet for resultatet i dommen.”<sup>92</sup>

#### 4.1.2 Sammenfatning

Med begrunnelse i Lundgaard-dommen, ble det med prejudikatvikning etablert et utvidet anvendelsesområde for arbeidsregelen. At det foreligger et tilknytningskrav er ikke lenger omstridt. De ovennevnte dommer synes å mene at fordelene og arbeidsforholdet må ha en viss tilknytning/sammenheng, men hvor nær denne tilknytningen må være fremstår ikke entydig. I Friborg Hansen var det tilstrekkelig for en kvalifisert tilknytning at fordelene var foranlediget av arbeidsforholdet. Dommer er imidlertid blitt kritisert i juridisk teori. Ut ifra de øvrige dommene – særlig Lundgaard – kan man si at en omklassifisering ikke alene vil kunne skje på grunnlag av tilknytningskravet, men kun i sammenheng med naturlighetskravet. Dette fikk også støtte i Vistnes-dommen, noe som kan tyde på at samme vurderingstema må gjelde for earnout-tilfellene. Riktignok vedrører Lundgaard grensedragnings mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt i henhold til sktl. § 5-1 første ledd, i motsetning til de øvrige dommene som gikk på grensedragningen mellom arbeidsinntekt og kapital-/aksjegevinster i henhold til sktl. § 5-1 annet ledd. Zimmer viste i en artikkel at Høyesterett i Lundgaard så det som ubetydelig hvilken av disse grensedragningene det gjaldt:

”Skattyteren hadde også anført at inntekten måtte anses som kapitalinntekt ut fra det syn at det dreide seg om kapitalgevinst ved overdragelse av oppfinnelsen til arbeidstaker. Førstvoterende er svært kort om dette (45): Selv om alternativet til arbeidsinntekt anses å være kapitalgevinst, forelå det ”under enhver omstendighet i denne saken ... slik kvalifisert tilknytning mellom godtgjørelsen og arbeidsforholdet, at det er mest naturlig å se det slik at fordelene er vunnet ved arbeid”. Førstvoterende la altså til grunn at vurderingstemaet var det samme hva enten man alternativt så inntekten som kapitalavkastning eller kapitalgevinst.”<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Jfr. Zimmer (2004): ”Høyesterettsdommer i skattesaker 2003”, *Skatterett*, 2004, s.271, på s.276.

<sup>93</sup> L.c.

Man kan således fastslå at retten angir et sammenfallende og samlet vurderingstema, noe som må ha betydning uansett hvilken grensedragning som skal foretas.

## 4.2 Naturlighetskravet

Det andre vilkåret som kan tenkes å gi grunnlag for en omklassifisering av kapitalinntekter til arbeidsinntekt, er naturlighetskravet, også kalt naturlighetstesten. Kravet er at det må foreligge en naturlig tilknytning til arbeidsforholdet. Spørsmålet er hvilken beskatningsregel det er mest naturlig å beskatte fordelene etter; kapitalregelen eller arbeidsregelen? Idet følgende blir det vist om det ut ifra naturlighetskravet alene kan bli tale om en omklassifisering til arbeidsinntekt, eller om vilkåret må ses i sammenheng med tilknytningskravet, slik tilknytningskravet er avhengig av naturlighetskravet.

Naturlighetskravet kom først til uttrykk i Hagerup-dommen. Vilket ble formulert i tilknytning til tilknytningskravet.<sup>94</sup> På bakgrunn av rettens uttalelse i Hagerup-dommen utledet Krohnstad at det ikke er tilstrekkelig å konstatere en tilknytning mellom fordelene og arbeidsinnsatsen. Arbeidsinntekten må fremstå som det naturlige valget foran kapitalregelen. Det er således ifølge Krohnstad, naturlighetstesten som er det sentrale vilkåret for å fravike hovedregelen.<sup>95</sup> Krohnstad forutsetter med dette at det vurderingstemaet som retten benyttet på inntektsbegrepets ytre grense, også gjelder for grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Spørsmålet er om denne uttalelsen er holdbar i henhold til rettspraksis på området.

Som nevnt er det noe uklart hva flertallet i Kruse Smith anså som det sentrale vilkåret for omklassifisering. Krohnstad har uttalt at flertallet vektlegger naturlighetskravet ved at de så det som mest naturlig å anse aksjegevinsten som en kapitalgevinst og ikke som en fordel

---

<sup>94</sup> Se sitat i kapittel 4.1.

<sup>95</sup> Jfr. Krohnstad: "En delingsmodell for aksjegevinster?" *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67, på s.70.

vunnet ved arbeid. Dette til tross for at gevinsten hadde sin direkte foranledning i ansettelsesforholdet gjennom flere ulike tilknytningspunkter.<sup>96</sup>

Mindretallet i Kruse Smith uttalte at tilknytningsvilkåret blant annet måtte bero på ”hvordan forholdet naturlig bør bedømmes”. Spørsmålet er om det ut ifra dette kan utledes et selvstendig vilkår om at arbeidsregelen må være den mest naturlige regelen å beskatte fordelene etter. Krohnstad svarer bekreftende. Han mener at også mindretallet tok utgangspunkt i naturlighetstesten, men at de formulerte dens vurderingstema noe forskjellig fra flertallets. Mindretallet mente det var et ”spørsmål om vilkårene for erverv, besittelse eller salg av aksjene inneholder elementer som fratar forholdet karakter av å være en normal aksjonærposisjon”. Krohnstad sier at dette er en markert forskjell fra flertallets vurderingstema, men at det sammenholdt med flertallets formulering uansett ikke er tilstrekkelig å konstatere at vilkårene avvek fra en normal aksjonærposisjon.<sup>97</sup>

I Lundgaard-dommen benyttet Høyesterett å både tilknytnings- og naturlighetskravet, men de synes å vektlegge naturlighetskravet som det sentrale vilkåret:

”Etter mitt syn vil det avgjørende være om det er en slik sammenheng mellom utbetalingen og [skattyters] arbeidsforhold i [foretaket] at det er mest naturlig å klassifisere denne som lønnsinntekt. Det er dette tilknytningskravet som er sakens kjerne.”<sup>98</sup>

Det fremgikk også av Høyesteretts ratio decidendi at både naturlighetskravet og tilknytningskravet var oppfylt.<sup>99</sup>

Krohnstad har uttalt at naturlighetstesten også må benyttes som vilkår for omklassifisering i earnout-tilfellene.<sup>100</sup> Under henvisning til Hagerup-dommen uttalte Lagmannsretten i

---

<sup>96</sup> Op. cit. s.71.

<sup>97</sup> Dette blir behandlet som et selvstendig vilkår i kapittel 4.3.

<sup>98</sup> Jfr. Rt.2003 s.504, punkt 30.

<sup>99</sup> Se sitat i kapittel 4.1.

<sup>100</sup> Jfr. Krohnstad: ”En delingsmodell for aksjegevinster?” *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67, på s.73.



Vistnes-dommen at sammenhengen mellom fordelene og arbeidsinnsatsen må være ”så nær” at det er ”naturlig” å anse den som arbeidsinntekt. Også her synes naturlighetskravet å bli knyttet opp mot nærhetsvurderingen, og ikke som et selvstendig vilkår. Dommens premisser og førstvoterendes konklusjon støtter dette. Premissene i dommen knyttes til de momentene som Finansdepartementet oppstilte i et brev til Skattedirektoratet.<sup>101</sup> Naturlighetstesten var ikke inkludert som moment her. Konklusjonen støtter viser direkte til at vilkåret om en ”tilstrekkelig tilknytning” er oppfylt.<sup>102</sup>

Krohnstad har kritisert Friborg Hansen-dommen, og uttalt at Høyesterett bare fokuserte på de faktiske årsaksforhold uten at naturlighetstesten ble fremholdt som et selvstendig kriterium.<sup>103</sup> Han påpeker at lagmannsretten blander to forskjellige vilkår (inntektsbegrepet og tilknytningskravet), og at de kommer til galt resultat. Dette begrunner han med at skattyter ikke oppnådde noen særfordeler ved aksjesalget, og at Lagmannsrettens uttalelse om at det er tilstrekkelig at arbeidsforholdet har foranlediget inntekten ikke er riktig. I følge Krohnstad må også naturlighetstesten være oppfylt.

#### 4.2.1 Naturlighetskravets innhold

Det neste spørsmålet blir hva som må til for at aksjegevinsten mest naturlig er å beskatte som arbeidsinntekt. Verken Kruse Smith eller Lundgaard synes å presisere innholdet i naturlighetskravet. Krohnstad har imidlertid uttalt at naturlighetstesten må baseres på en vurdering av et ytre forhold, det vil si det antatt normale/naturlige.<sup>104</sup> Videre har han vist til at naturlighetskravets innhold kom til uttrykk i Pre Finans-dommen. Høyesterett så det som mest naturlig å anvende arbeidsregelen grunnet at skattyter oppnådde særfordeler i forbindelse med aksjekjøpet. Krohnstad oppstilte således et krav om at aksjegevinsten måtte anses som en *særfordel* for å bestå hans naturlighetstest. Dersom de ansatte er gitt

---

<sup>101</sup> Brevet er (som nevnt) inntatt i Utv.1999 s.225 og momentene videreført i Lignings-ABC 2004 s.1098. Det ble redegjort for disse momentene i kapittel 3.4.2 og 4.1.1.

<sup>102</sup> Jfr. referat av rettens konklusjon i kapittel 3.4.2.

<sup>103</sup> Jfr. Krohnstad: ”En delingsmodell for aksjegevinster?” *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67, på s.76.

<sup>104</sup> Jfr. Krohnstad: ”En delingsmodell for aksjegevinster?” *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67, på s.73.

særfordeler ved aksjekjøpet, vil det være mest naturlig å anse aksjegevinsten som arbeidsinntekt.

Videre reiste Krohnstad spørsmål om Høyesterett gjennom Kruse Smith har avklart at gevinster som skyldes verdistigning i egen eiertid alltid vil være å anse som kapitalgevinst.<sup>105</sup> Krohnstad begrunner dette i flertallets uttalelse samt at annen løsning vil fremstå som unaturlig:

”Den fordel som ligger i at aksjen senere stiger i verdi, er ikke knyttet til arbeidsforholdet, men eiendomsretten til aksjen.”

Heller ikke Lagmannsretten synes forsøkt avklare hva som ligger i at arbeidsregelen må anses som det naturlige valg ved beskatningen av salgsvederlaget. Derimot påpeker Krohnstad at Vistnes-dommens resultat var riktig idet skattyterne oppnådde en *særfordel* i forhold til de øvrige selgerne og at denne særfordelen hadde sin forankring i arbeidsforholdet. Et annet viktig moment i naturlighetstesten er i følge Krohnstad, hvordan eventuelle passive aksjonærer på selgersiden i samme transaksjon blir håndtert vederlagsmessig.<sup>106</sup> Som et eksempel på dette kan det vises til Vistnes-dommen hvor det ble gjort en klar forskjell i salgsvederlaget til de passive aksjonærene på selger siden (Norstell AS), og de tre øvrige selgerne som måtte fortsette i selskapet i en bindingstid. Krohnstad sier videre at simple avvik fra det markedsmessige imidlertid ikke er tilstrekkelig for en omklassifisering.<sup>107</sup> Andre momenter Krohnstad tar opp av betydning for denne vurderingen, er om selgende aksjonær opprettholder markedslønn og avtalevilkårene. Dersom selgerne ikke opprettholder markedslønn i bindingstiden, mener Krohnstad at deler av salgsvederlaget lett vil kunne bli ansett som en kompensasjon for lønnsbortfallet og således bli ansett som en fordel det er ”naturlig” å beskatte som arbeidsinntekt.

---

<sup>105</sup> Op. cit. s.75-76.

<sup>106</sup> Op. cit. s.73.

<sup>107</sup> Om denne uttalelsen er holdbar, skal jeg se på i kapittel 4.3.

#### 4.2.2 Sammenfatning

Høyesterett synes ikke å ha benyttet naturlighetstesten som et selvstendig vilkår, men kun i sammenheng med nærhetsvurderingen, jfr. blant annet førstvoterendes konklusjon i Lundgaard-dommen. Det er i likhet med tilknytningskravet ikke helt avklart hva innholdet i naturlighetskravet er, men Lundgaard kan brukes som prejudikat også her. Av den grunn kan det argumenteres for at en naturlig tilknytning mellom fordel og arbeidsinnsats ikke alene kan hjemle en omklassifisering av kapitalinntekt til arbeidsinntekt, men at en slik omklassifisering vil kunne skje dersom tilknytningskravet og naturlighetskravet sammen er oppfylt. Altså at, *tilknytningen* mellom fordel og arbeidsforholdet er så *nær* at det er mest *naturlig* å beskatte fordelene i henhold til arbeidsregelen.

#### 4.3 Avvikskravet

Det tredje vilkåret er avvikskravet. Dette innebærer at kapitalforholdet må avvike fra det markedsmessige. Ut ifra dommene i kapittel 3 analyseres det om det er tilstrekkelig for en omklassifisering at kapitalforholdet avviker fra det markedsmessige, og om avvikskravet har hjemmel i rettspraksis.

Avvikskravet kom først til uttrykk i Kruse Smith, hvor mindretallet uttalte:

”... spørsmål [er] om vilkårene for erverv, besittelse eller salg av aksjene inneholder elementer som fratar forholdet karakter av å være en normal aksjonærposisjon. Sentralt i denne sammenheng er om de økonomiske vilkår i vesentlig grad begunstiger arbeidstakeren i forhold til en slik posisjon med hensyn til betaling for aksjene og mulighet for gevinst og forlis ved senere salg”.<sup>108</sup>

Som nevnt knytter mindretallet denne formuleringen opp mot de to øvrige vilkårene. Det er dette Krohnstad gav uttrykk for at er den markerte forskjellen mellom flertallet og

---

<sup>108</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.770.

mindretallet.<sup>109</sup> Som vist over, mente Krohnstad at dette ikke var et eget vilkår, men at mindretallet ved denne uttalelsen formulerte innholdet i naturlighetstesten. Han sier videre at det uansett må være klart at det ikke er tilstrekkelig at det kan konstateres forhold som gjør at ordningen mister karakter av å være en normal aksjonærposisjon. Avvikskravet ville uansett ikke fått selvstendig betydning på grunnlag av Kruse Smith da denne uttalelsen kom fra mindretallet. Zimmer har imidlertid uttalt at mindretallets resonnement fremstår som mer overbevisende enn flertallets.<sup>110</sup>

Avvikskravet ble imidlertid igjen tatt opp i Pre Finans. Førstvoterende mente at ”jo mer disse [avtale-] vilkårene avviker fra markedets vilkår, og jo mer verdien av de ansattes aksjer er styrt av avtaler uavhengig av markedsprisen, jo sterkere knyttes aksjene til ansettelsesforholdet”.<sup>111</sup> Høyesterett foretar så en vurdering hvor flere moment spiller inn.<sup>112</sup> Dommens ratio decidendi lyder:

”Som en samlet konklusjon på denne gjennomgåelsen av avtaleverket omkring partnernes aksjeinnhav, må det kunne fastslås at så vel fraværet av risiko ved kjøpet som avtalenes salgsvilkår, representerer et markert avvik fra de markedsmessige vilkår. Konsekvensen av dette er etter min mening at den aksjegevinst som partnerne har oppnådd, må ses som en fordel vunnet ved deres arbeid, slik at aksjegevinsten skal skattlegges etter skatteloven § 42 første ledd.”

Høyesterett kom til at en omklassifisering kunne skje kun på grunnlag av at avtalevilkårene avvek fra de markedsmessige vilkårene. Avvikskravet ble benyttet som et selvstendig vilkår, uten at en nærhets- og naturlighetsvurdering ble foretatt.

De andre dommene om salgsvederlag for patentrett og virksomhet nevner ikke dette vilkåret.

---

<sup>109</sup> Jfr. Krohnstad: ”En delingsmodell for aksjegevinster?” *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67.

<sup>110</sup> Zimmer (2001): ”Høyesterettsdommer i skattesaker 2000”, *Skatterett*, 2001, s.276, på s.281.

<sup>111</sup> Jfr. Rt.2000 s.1739, på s.1747.

<sup>112</sup> Se neste kapittel 4.3.1.

#### 4.3.1 Avvikskravets innhold

Problemstillingen er hva det vil si at kapitalforholdet må avvike fra det markedsmessige. Som nevnt viste Høyesterett i Pre Finans til flere momenter som de vektla i vurderingen om kapitalforholdet avvek fra det markedsmessige. Sammenholdt med de momentene som ble vektlagt i Kruse Smith, kan det utledes fem momenter av spesiell betydning for vurderingen om kapitalforholdet avviker fra det markedsmessige. Disse momentene er (4.3.1.1) at anskaffelsesvilkårene avvek fra det markedsmessige, (4.3.1.2) at avtalen ikke inneholdt noen reell tapsrisiko, noe som er et klart avvik fra det markedsmessige, (4.3.1.3) at selve salgsvederlaget avvek fra markedspris, (4.3.1.4) at aksjonærrettighetene avviker fra de øvrige aksjonærers rettigheter, og (4.3.1.5) at omstendighetene på avhendelsestidspunktet avvek fra det markedsmessige. Momentene behandles fortløpende.

##### 4.3.1.1 Anskaffelsesvilkårene avvek fra det markedsmessige

Det ene momentet Høyesterett la vekt på var at anskaffelsesvilkårene fratar aksjeinnehavet sin normale karakter. De ansatte i Pre Finans fikk full lånefinansiering. De ansatte trengte således ikke å stille med egenkapital på ervervstidspunktet. Om dette uttalte Høyesterett:

”Det er mulig at en slik regulering av anskaffelsesvilkårene for aksjene alene er tilstrekkelig til å frata aksjeinnehavet sin normale karakter, med den konsekvens at senere salgsgevinst i sin helhet skal beskattes som fordel ved arbeid ...”<sup>113</sup>

I Kruse Smith der resultatet var at fordelen ikke kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt, måtte de ansatte derimot stille med en begrenset egenkapital. Dette synes ikke å være avgjørende for resultatet i dommen.

---

<sup>113</sup> Jfr. Rt.2000 s.1739, på s.1748.

#### 4.3.1.2 Ingen reell tapsrisiko.

Et annet moment Høyesterett la vekt på i Pre Finans, var graden av tapsrisiko. Den markedsmessige risikoen er den risikoen de øvrige aksjonærene har for de samme aksjene. Et spørsmål kan være om et hvert avvik fra de øvrige aksjonærers risiko er tilstrekkelig.

I Pre Finans ble aksjegevinsten omklassifisert til arbeidsinntekt blant annet på bakgrunn av at tapsrisikoen kun var av teoretisk karakter, altså at den ikke var reell. Høyesterett sammenlignet faktum med Kruse Smith, og påpekte at den vesentligste forskjellen mellom disse tilfellene synes å være at skattyterne i Kruse Smith hadde et reelt tapspotensial, mens det i praksis ikke var noen tapsrisiko i Pre Finans. Zimmer tar opp spørsmålet om dette var tilstrekkelig grunn til å skille mellom sakene.<sup>114</sup> Han mener at tapspotensialet som aksjonærene hadde i Kruse Smith, neppe kan være mye større enn ved aksjeopsjoner, som kan anses ha tilstrekkelig tilknytning. Av den grunn konkluderer Zimmer med at Kruse Smith må anses som et utpreget grensetilfelle.

Gjems-Onstad går lengre i sin kritikk av Kruse Smith-dommen. Han har gitt uttrykk for at resultatet Høyesterett kom til i Kruse Smith var galt.<sup>115</sup> Gjems-Onstad mener man ut fra en reell økonomisk beskatning kunne se det slik at de ansatte ervervet en opsjon. Av den grunn burde fordelene blitt beskattet ved realisasjon av aksjene i henhold til reglene om innløsning av opsjoner i arbeidsforhold, jfr. sktl.§5-14 annet ledd. Videre har han uttalt at tapsrisikoen også i Kruse Smith praktisk talt var eliminert, og at Høyesterett burde tatt mer hensyn dette:

”Når førstvoterende i dommen fremhevet at ikke all tapsrisiko var fjernet, må det mer anses som et teoretisk synspunkt nokså langt fra de mer realistiske betraktninger som har vært typisk for Høyesterett i andre omgåelsessaker.”<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Jfr. Zimmer (2005): *Lærebok i skatterett*, s.359.

<sup>115</sup> Jfr. Gjems-Onstad (2001): ”Sign om fees og earnout”, Utv.2001 s. 692.

<sup>116</sup> Jfr. Gjems-Onstad (2003): *Norsk bedriftsskatterett*, s.255.

Når det gjelder Pre Finans-dommen, forsto Gjems-Onstad det slik at Høyesterett tilsidesatte Kruse Smith-dommen.<sup>117</sup> Dette begrunner han med at Høyesterett i Pre Finans beskattet de ansatte etter arbeidsregelen, for aksjegevinst knyttet til et arbeidsforhold, nettopp ut fra et synspunkt om at tap på aksjene ikke var sannsynlig.

#### 4.3.1.3 Salgsvederlaget avviker fra markedspris (underpris)

I Pre Finans ble underprisen ansett som et moment i vurderingen om kapitalforholdet avviker fra det markedsmessige. Derimot mente flertallet i Kruse Smith at underkursen ikke kunne begrunne en omklassifisering. Grunnet fradragsklausulen mente flertallet at fordelene om underpris aldri ble realisert.

#### 4.3.1.4 Aksjonærrettighetene avviker fra de øvrige aksjonærers rettigheter

Et moment som ble anført i både i Pre Finans og i Kruse Smith, var at aksjonærrettighetene til de ansatte avvek fra de øvrige aksjonærers rettigheter. For det første innebar gjeldsslettingsklausulen i Pre Finans at de ansatte hadde bedre rettigheter enn de øvrige aksjonærene. For det andre avvek de ansattes aksjonærrettigheter fra de øvriges, ved at selskapene både i Kruse Smith og Pre Finans hadde en plikt til å kjøpe tilbake aksjene ved endt arbeidsforhold (eller på et tidligere tidspunkt, når det gjaldt Pre Finans). I Kruse Smith hadde de øvrige aksjonærene for øvrig en forkjøpsplikt ved avhendelse av de ansattes aksjer, men ikke omvendt. Dette er også et avvik fra normale aksjonærrettigheter.

#### 4.3.1.5 Omstendigheter på avhendelsestidspunktet avviker fra det markedsmessige

Et siste moment av spesiell betydning for vurderingen om kapitalforholdet avvek fra det markedsmessige, var at omstendighetene rundt avhendelsen allerede var avtalt ved aksjeerhvervet. Salget av de ansattes aksjer ble allerede regulert ved aksjeerhvervet.

Høyesterett uttalte i Pre Finans:

---

<sup>117</sup> Jfr. Gjems-Onstad (2001): "Sign om fees og earnout", Utv.2001 s. 692.

”Dels bestemmes at de ansatte bare kan selge sine aksjer til hovedaksjonærene, og at de må selge om de slutter i stillingen. Dels ble salgssummens beregning fastlagt allerede i 1987-avtalen.”<sup>118</sup>

De ansatte var altså forpliktet til å selge sine aksjer tilbake til selskapet ved endt arbeidsforhold. Dette innebar at de ansattes aksjonærrettigheter oppholdte i takt med dette. Man kan med andre ord si at aksjonærrettighetene var foranlediget av arbeidsforholdet. Til forskjell fra earnout-tilfellene er det her tale om frivillig arbeidsforhold uten bindingstid. I Kruse Smith ble poenget ikke tillatt vekt, med begrunnelse at det ikke er uvanlig at ansatteaksjer må selges tilbake med endt arbeidsforhold. Flertallets oppfatning var at selv om ”en arbeidstaker bare har rett til å være aksjonær så lenge han er ansatt i selskapet, vil verdiutviklingen på aksjen ikke være knyttet til arbeidsforholdet, men til den økonomiske utvikling i selskapet”.<sup>119</sup> På den annen side må det antagelig kunne settes som et minimumsvilkår at de ansatte har salgsplikt ved endt arbeidsforhold, for at det i det hele tatt skal kunne bli tale om en omklassifisering. I motsatt fall kan det neppe sies at kapitalforholdet avviker fra det markedsmessige.

Videre regulerte aksjonæravtalen i Pre Finans hvordan salgssummen skulle beregnes ved avhendelse. Formelen innebar at de ansatte ville oppnå større gevinst desto lengre eiertid. Om dette uttalte Høyesterett:

”Formelen bevirker at det blir fristende for partnerne å fortsette til år 6 for derved å være med på hele verdiopptrappingen. En tilsvarende utvikling av markedskursen er ikke umulig, men lite trolig og iallfall helt umulig å forutsi idet selskapet stiftes våren 1987.”

Ut ifra dette konkluderte Høyesterett med at salgsvederlaget avvek fra det markedsmessige, og at den avtalte prisutviklingen var urealistisk i forhold til utviklingen av markedspris.

---

<sup>118</sup> Jfr. Rt.2000 s.1739

<sup>119</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.768.



Høyesterett påpeker til slutt at også konkurransereguleringsklausulen trekker bort fra at salgsprisen på aksjene skal reflektere markedsverdien:

”Dersom partnere som til sammen eier 10 prosent av aksjekapitalen, i løpet av 12 måneder tar ansettelse i samme selskap eller konsern, fastsettes aksjeprisen til substansverdi. Etter dette trekkes altså så vel betingelsene for erverv av aksjen som de fremtidige salgsbetingelsene bort fra markedsmessig kjøp og salg av aksjen og i retning av en prising knyttet til ansettelsesforholdet”.<sup>120</sup>

#### 4.3.2 Sammenfatning

Høyesterett la i Pre Finans helt klart avgjørende vekt på at avtaleforholdet avvek fra det markedsmessige. Både dommens premisser og konklusjon viser at Høyesterett vektlegger avvikskravet som vilkår for en omklassifisering. Høyesterett synes også selv å mene at dette er et selvstendig vilkår som alene kan føre til en omklassifisering idet de omtaler et av momentene i vurderingen på denne måten:

”Det er mulig at en slik regulering av anskaffelsesvilkårene for aksjene alene er tilstrekkelig til å frata aksjeinnehavet sin normale karakter, med den konsekvens at senere salgsgevinst i sin helhet skal beskattes som fordel ved arbeid ...”<sup>121</sup>

Høyesterett har til og med redegjort for flere momenter som skal vektlegges i vurderingen om kapitalforholdet avviker fra det markedsmessige.

Dette vilkåret ble ikke fulgt opp i Lundgaard som gjaldt en omklassifisering av kapitalinntekt i henhold til sktl. § 5-1 første ledd, i motsetning til Kurse Smith og Pre Finans som gjaldt en omklassifisering av kapitalgevinst i henhold til sktl. § 5-1 annet ledd. Vilåret ble heller ikke vurdert i Vistnes eller Friborg Hansen, som gjaldt en omklassifisering av kapitalgevinster i earnout-tilfeller. Det ble tidligere vist at Høyesterett

---

<sup>120</sup> Jfr. Rt.2000 s.1739, på s.1748.

<sup>121</sup> L.c.

legger samme vurderingstema til grunn i alle disse situasjonene. Av den grunn kan det argumenteres for at avviksvilkåret må gjelde for både kapitalinntekter og kapitalgevinster. Dette er ikke sikker rett. Derimot kan man på grunnlag av Pre Finans fastslå at aksjegevinster kan omklassifiseres til arbeidsinntekt, dersom ervervsvilkårene avviker fra de markedsmessige vilkår. Pre Finans må kunne sies å være et prejudikat for dette vilkåret.

## 5 KONKLUSJON

Problemstillingen var om kapitalinntekt/-gevinst i unntakstilfeller kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt på grunnlag av en utvidet anvendelsesområde til arbeidsregelen.

Avhandlingen viser at det ut ifra rettspraksis fra dette årtusen har etablert seg et hjemmelsgrunnlag med prejudikativ virkning, for at en omklassering skal kunne skje. Dette innebærer at prejudikatet fra Nordborg-dommen er tilsidesatt.

Det oppstilles tre vilkår for omklassifisering, hvor deres innhold og hjemmelsgrunnlag ble analysert. Etter min oppfatning er tilknytningskravet og naturlighetskravet kumulative vilkår, som begge må være oppfylt for at en omklassifisering av kapitalinntekter til arbeidsinntekt kan skje. Vilkåret er at tilknytningen mellom fordelingen og arbeidsforholdet må være så nær at arbeidsregelen fremstår som den mest naturlige beskatningsregelen fremfor kapitalregelen. Er det tale om en aksjegevinst kan denne også omklassifiseres til arbeidsinntekt, dersom ervervsvilkårene avviker fra de markedsmessige vilkårene. Det er usikkert om dette vilkåret også gjelder for kapitalinntekt i henhold til sktl. § 5-1 første ledd og kapitalgevinster i eanout-tilfeller da verken Høyesterett i Lundgaard eller Lagmannsretten i Vistnes og Friborg Hansen tok stilling til vilkåret. Min mening er imidlertid at avvikskravet også må kunne sies å være et vilkår i disse situasjonene, med den begrunnelse at alle situasjonene følger samme vurderingstema.

En annen måten å se det på er at dersom kapitalforholdet avviker fra det markedsmessige må det sies å være en så nær sammenheng mellom fordelingen og arbeidsforholdet at det er mest naturlig å beskatte den som arbeidsinntekt. På denne måten blir alle vilkårene forent i en og samme vurdering. Det var slik mindretallet i Kruse Smith formulerte vilkåret:

”Spørsmålet om tilknytningen er tilstrekkelig kvalifisert må løses ut fra hvorledes forholdet naturlig bør bedømmes, som godtgjørelse for arbeid eller som gevinst ved

selvstendig kapitalplassering i aksjer. Dette er samtidig et spørsmål om vilkårene for erverv, besittelse eller salg av aksjene inneholder elementer som fratar forholdet karakter av å være en normal aksjonærposisjon.”<sup>122</sup>

Man må først se på hva som kjennetegner en kapitalinntekt og arbeidsinntekt, for så å vurdere hva fordelene ligner mest på. Om det er mest naturlig å plassere fordelene under kapitalinntektskategorien eller arbeidsinntektskategorien. Dersom salgsvederlaget/kjøpesummen avviker fra markedspris, oppnår skattyter en ensidig fordel. Dette er et av kjennetegnene til at det er en arbeidsinntekt. Et av kjennetegnene til en kapitalgevinst er risikoen. Dersom risikoen er eliminert, vil det være et moment for at det er mest naturlig å klassifisere fordelene som arbeidsinntekt. På denne måten vil altså de momentene som ble tatt opp under avvikskravet komme inn i vurderingen om tilknytningen mellom fordelene og arbeidsforholdet er så nær at det er mest naturlig å klassifisere fordelene som arbeidsinntekt. Til støtte for dette argumentet vises det til Lungaard-, Vistnes- og Friborg Hansen-dommen som alle tok opp noen av disse momentene.

På grunn av at vi har avtalefrihet settes avtaler sammen på ulike måter. Av den grunn er det viktig å ikke ha faste kriterier for en omklassifisering, men at det skjer ved en helhetsvurdering der flere momenter tas i betraktning, ut ifra den konkrete sak som foreligger. Dette er helt klart tilfellet i arbeidsregelen, og alle dommene det er blitt redegjort for foretok en helhetsvurdering der flere momenter spilte inn. Men min mening er at man bør være forsiktig med å gi arbeidsregelen for vid anvendelsesområde da dette kan føre til lite forutberegnelighet for skattyterne. På den annen side kan det hevdes at skattyterne i de fleste tilfeller er klar over at de befinner seg i grenseområdet. Videre er det viktig for incentivordningens legitimitet at incentiver ordnes slik at uttjenningen gjenspeiler faktisk innsats, og ikke avhenger av ytre forhold som for eksempel konjunksjonssvingninger i oljemarkedet.

---

<sup>122</sup> Jfr. Rt.2000 s.758, på s.770.

## 6 KILDER

### Litteraturliste:

Aarbakke, Magnus (1990): *Skatt på inntekt*. Oslo (4.utgave).

Bråthen, Tore og Gjems-Onstad, Ole(red.) (2001): *Moderne forretningsjus*. Oslo: Gyldendal.

Gjems-Onstad, Ole (2003): *Norsk bedriftsskatterett*. Oslo: Gyldendal (6.utgave).

Grøtte, Oddmund (2003): *Opsjoner og Futures. – En praktisk innføring*. Larvik: Hegnar Media.

Heffermehl, Jørgen Stang; Tystad, Rune og Woldseth, Kjell (2002): *Aksjer og opsjoner i arbeidsforhold*. Oslo, Den norske Revisorforening og forfatterne.

Næringslivets Aksjemarkedsutvalg (NAU) (2006): *Aksjeordninger for ansatte*. Oslo: Mediehuset GAN (Skrift 8).

Zimmer, Fredrik (red.) i samarbeid med Bugge; Arntz-Hansen og Rasmussen (2006): *Bedrift, selskap og skatt. Inntektsbeskatning av næringsdrivende, selskaper og selskapsdeltakere*. Oslo: Universitetsforlaget (4.utgave).

Zimmer, Fredrik (2005): *Lærebok i skatterett*. Oslo: Universitetsforlaget (5.utgave).

### Artikler:

Gjems-Onstad, Ole (2001): "Sign on fees og earnouts" I: *Utv.*2001 s.692.

Krohnstad, Morten Foros (2006): "En delingsmodell for aksjegevinster?" I: *Skatterett*, 2006, nr. 1, s.67.

Kvamme, Kristian (2005): "Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter." I: *Skatterett*, 2005, nr. 4, s.305.

Sandvik, Per (2000): "Aksjegevinst som lønn." I: *Revisjon og regnskap*, 2000, nr. 8, s.60.

Zimmer, Fredrik (2001): "Høyesterettsdommer i skattesaker 2000." I: *Skatterett*, 2001, nr. 3, s.276.

Zimmer, Fredrik (2004): "Høyesterettsdommer i skattesaker 2003." I: *Skatterett*, 2004, s.271.

### **Lovregister:**

Allmennaksjeloven. Lov om allmennaksjeselskaper av 13.juni 1997 nr. 45.

Aksjeloven. Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44.

Arbeidstakeroppfinnelsesloven. Lov om arbeidstakeroppfinnelser av 17. april 1970 nr. 21.

Ferieloven. Lov om ferie av 29. april 1988 nr. 21.

Folketrygdloven (ftrl.). Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19.

Gevinstbeskatningsloven. Lov om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer av 10. desember 1971 nr. 99.

Ligningsloven. Lov om ligningsforvaltning av 13.juni 1980 nr. 24.

Skattebetalingsloven. Lov om betaling og innkreving av skatt av 21. november 1952 nr. 2.

Skatteloven (1911). Lov om skatt på formue og inntekt av 18. august 1911 nr. 8.

Skatteloven (sktl.). Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14.

Norsk Lovkommentar til skatteloven 1999 ved Frederik Zimmer.

### **Forskrifter:**

Finansdepartementets forskrift av 19.november 1999 nr. 1158.

Lignings-ABC 2000 s.968

Lignings-ABC 2004 s.1098

St.prp. nr. 1 (2007-2008): Skatte-, avgifts- og tollvedtak for budsjettåret 2008

FOR-2007-11-28 nr. 1380: Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2008 (ssv).

FOR-2007-11-28 nr. 1381: Vedtak om fastsetting av avgifter mv. til folketrygden for 2008.

### **Forarbeider:**

Inst.O. nr. 73 (1983.1984)

Ot.prp. nr. 72 (1983-1984)

Ot.prp. nr. 35 (1990-1991)

Ot.prp. nr. 26 (1995-1996)

Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)

### **Rettspraksis:**

Rt.1922 s.523, Nordborg.

Rt.1958 s.583, Hagerup-dommen. (Utv.1958 s.616)

Rt.1971 s.264, Kielland-dommen.

Rt.1974 s.976, Vesaas-dommen. (Utv.1979 s.338)

Rt.1979 s.481, Havrevold-dommen.

Rt.1985 s.319, Ringnes.

Rt.2000 s.758, Kruse Smith. (Utv.2000 s.993)

Rt.2000 s.1739, Pre Finans. (Utv.2000 s.1537)

Rt.2003 s.504, Lundgaard. (Utv.2003 s.811)

Utv.2005 s.277, Vistnes. (LRD)

Utv.2005 s.907, Fribog Hansen. (LRD)

### **Uttalelser:**

Utv.1993 s.1592 FIN (brev 25. november 1993 fra Finansdepartementet)

Utv.1999 s.225 FIN (brev 30. desember 1998 fra Finansdepartementet til  
Skattedirektoratet)

### **Andre avhandlinger:**

Masteroppgave i rettsvitenskap ved UiO (2005): Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt utenfor delingsmodellen. Hjemmel for omklassifisering av aksjegevinster til arbeidsinntekt, gjennom utvidet anvendelsesområde for arbeidsregelen.

Masteroppgave i rettsvitenskap ved UiO (2007): Om grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt i skatteloven § 5-1. En analyse av utvalgte dommer.

**Samtaler:**

Thommessen: Nina Begalla Sollie og Morten Fjermeros.

Wiersholm: Jonas Aartun.

Arntzen de Besche: Kåre I. Moljord.

Professor ved UiB: Hugo Matre.



